الكفاية
في شرح الهداية

الكتاب: الكفاية في شرح الهداية

Title: AL-KIFĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام جلال الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي
(ت ٧٦٧ هـ)

Author: Al-Imam Jalaluddin Al-Karlany
Al-Khawarazmy Al-Hanafi (D. 767 H.)

المحقق: محمد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Mohammad Ahmad Al-Haqqani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (8Vols./8Parts) 4376 عدد الصفحات (٨أجزاء/٨مجلدات)

Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2019 A.D. - 1441 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st (2 Colors)	الطبعة الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax : +961 5 804813
P.o Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-9421-3

الكفاية

في شرح الهداية

تأليف

الإمام جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي

المتوفى سنة ٧٦٧هـ

حققها وهذبها وقوم نصوصها وعلق عليها

محمد أحمد الحقاني الأفغاني

ماجستير في العلوم الإسلامية والعربية

تطبع للمرة الأولى محققة ومنقحة عن النسختين المخطوطتين

الجزء الثالث

يحتوي هذا الجزء:

الرضاع - الطلاق - العتاق - الأيمان

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الرَّضَاعِ

قَالَ: (قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «لَا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلَا

كتاب الرَّضَاع

هو في الشرع عبارة عن مصِّ شخصٍ مخصوصٍ أي الطفل من ثديٍ مخصوصٍ أي ثدي الآدمية في وقتٍ مخصوصٍ على حسب ما اختلف فيه.

قوله: **قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ ... وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ**، يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحرم المصَّة ولا المصَّتان ولا الإملَاجة ولا الإملَاجتان» ثم الحديثُ بنفسه لا يصلح مُتَمَسَّكًا له إلا لنفي مذهبنا وهو ثبوت حرمة الرَّضاع وإن قلَّ الارتضاع لكن لما انتفى مذهبنا ثبتَ مذهبه ضرورةً لعدم القائل بالفصل، أي بين القليل وبين خمس رضعات، وقولُ من قال من أصحاب الظواهر بثلاث رضعات غير معتبرٌ فلا يقدحُ في وجه التمسُّك به، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: على أنَّ الأولَ وهو قوله صلى الله عليه وسلَّم: «لا يحرم المصة ولا المصتان» إلى آخره دالٌ عليهما أي علىٰ نفي مذهبنا وإثبات مذهبه، لأنَّ المصة داخلةٌ في المصَّتين كقوله: لا أُكَلِّمُهُ يومًا ولا يومين، فإن اليمينَ ينتهى بيومين بخلاف قوله: لا أُكَلِّمُ يومًا ويومين، حيث لا ينتهي إلَّا بثلاثة أيَّامٍ فكأنه قال: لا يحرمُ المصَّتان ولا الإملاجتان، فانتفت الحرمة عن أربع رضعاتٍ بِهذا الحديث والخمس

الْمَصَّتَانِ وَلَا الإِمْلَاجَةُ وَلَا الإِمْلَاجَتَانِ»، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآيَةَ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ وَإِنْ كَانَتْ لِشُبْهَةِ البَعْضِيَّةِ الثَّابِتَةِ بِنُشُوءِ العَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللَّحْمِ لَكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطَنٌ فَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِفِعْلِ الإِرْضَاعِ، وَمَا رَوَاهُ مَرْدُودٌ بِالْكِتَابِ

مُحَرَّمَةٌ إجماعًا، ويتمسَّكُ أيضًا بما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان فيما أُنزل في القرآن عشر رضعاتٍ معلوماتٍ يحرمن، فنسخن بخمس رضعاتٍ معلوماتٍ، وكان ذلك مما يُتلىٰ بعد رسول الله عليه الصلاة والسلام ولا نسخ بعد ذلك، ولنا قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] الآية، أثبتت الحرمةَ بفعل الارضاع فاشتراطُ العدد فيه يكون زيادةً على النصِّ ومثله لا يثبتُ بخبر الواحد، وفي حديث عليٍّ رضي الله عنه: الإرضاعُ قليلُه وكثيرُه سواءٌ، يعني في إيجاب الحرمة، ولأنَّ هذا سببٌ من أسباب التحريم فلا يشترطُ فيه العدد كالوطء، وأمَّا حديثُ عائشة رضي الله عنها فضعيفٌ جدًا لأنه إن كان متلوًّا بعد رسول الله عليه الصلاة والسلام، ونسخُ التلاوة بعد رسول الله عليه الصلاة والسلام لا يجوز، فلِمَاذا لا تُتلى الآن، وذُكر في الحديث: دخل داجن البيت وأكله، وهو يقوي قولَ الرَّوافض فإنَّهم يقولون كثيرٌ من القرآن ذَهَبَ بعد رسول الله عليه الصلاة والسلام ولم يثبته الصحابة في المصحف، وهو قولٌ باطلٌ بالإجماع، ثم لو ثَبَت هذا الحديث إنما يكون ثبوته في الوقت الذي كان إرْضاع الكبير مشروعًا، لِمَا أنَّ إنْبَاتَ اللحم وإنْشَازَ العظم في حقِّ الكبير لا يحصلُ بالرضعة الواحدة فكان العددُ مشروعًا فيه ثم انتسخ بانتِسَاخِ حكم إرْضَاع الكبير، كذا في المبسوط.

قوله: وَمَا رَوَاهُ مَرْدُودٌ بِالْكِتَابِ، فقد رُوِيَ عن عبد الله بن عُمر رضي الله تعالى

أَوْ مَنْسُوخٌ بِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ لِمَا نُبَيِّنُ.

(ثُمَّ مُدَّةُ الرَّضَاعِ ثَلَاثُونَ شَهْرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا سَنَتَانِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ زُفَرُ: ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ؛ لِأَنَّ الحَوْلَ حَسَنٌ لِلتَّحَوُّلِ مِنْ حَالٍ إِلَىٰ حَالٍ، وَلَا بُدَّ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الحَوْلَيْنِ لِمَا نُبَيِّنُ فَيُقَدَّرُ بِهِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وَمُدَّةُ الحَمْلِ أَدْنَاهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ فَبَقِيَ لِلْفِصَالِ حَوْلَانِ، وَقَالَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا رَضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ» وَلَهُ هٰذِهِ الآيَةُ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ تَعَالَىٰ ذَكَرَ شَيْئَيْنِ وَضَرَبَ لَهُمَا مُدَّةً فَكَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِكَمَالِهَا كَالْأَجَلِ المَضْرُوبِ لِلدَّيْنَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ قَامَ المُنَقِّصُ فِي أَحَدِهِمَا فَبَقِيَ فِي الثَّانِي عَلَىٰ ظَاهِرِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَغَيُّرِ

عنهما أنه قيل له: إن ابن الزبير رضي الله تعالى عنهما يقول: لا تحرم المصَّة ولا المصتان، فقال ابن عُمر رضي الله عنهما: قضاءُ الله تعالىٰ أَوْلىٰ من قضاء ابن الزبير، فردَّ عليه قوله رضي الله عنه لمخالفته إطلاقَ قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، أو منسوخٌ به فقد رُوِيَ أنه قيل لابن عباس رضي الله تعالى عنهما: أنَّ الناس يقولون: الرضعةُ لا تحرم؟ فقال: كان ذلك ثمَّ نسخ.

قوله: قَامَ المُنَقِّصُ فِي أَحَدِهِمَا، أي في حقِّ الحمل، والمُنَقِّص حديثُ عائشةَ رضي الله تعالىٰ عنها: الولدُ لا يَبقىٰ في بطن أمِّه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزلٍ، فإن قيل: في التنقيص معنى التغيير والزيادةُ على النصِّ تغييرٌ موجب الكتاب فلا يصحُّ تغيير موجب الكتاب بخبر الواحد كما لا يصحُّ تخصيصه ابتداءً بخبر الواحد لما فيه من نوع تغييرٍ، قلنا:

الغِذَاءِ لِيَنْقَطِعَ الإِنْبَاتُ بِاللَّبَنِ وَذٰلِكَ بِزِيَادَةِ مُدَّةٍ يَتَعَوَّدُ الصَّبِيُّ فِيهَا غَيْرَهُ فَقُدِّرَتْ بِأَدْنَىٰ مُدَّةِ الحَمْلِ؛ لِأَنَّهَا مُغَيِّرَةٌ، فَإِنَّ غِذَاءَ الجَنِينِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الرَّضِيعِ كَمَا يُغَايِرُ غِذَاءَ الفَطِيمِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ مُدَّةِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّصُّ المُقَيَّدُ بِحَوْلَيْنِ فِي الكِتَابِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ

نعم كذلك إلا أنَّ الكتابَ مُأوَّلٌ والآيةُ المأولة في إثبات الحكم مثلَ القياس، وإنَّما قلنا ذلك لأنَّ فخرَ الإسلام رحمه الله تعالىٰ جعل الأجلَ المضروب للمدَّتين متوزعًا عليهما وكذلك عامة أهل التفسير، ورُوِيَ أنَّ رجلاً تزوَّج امرأةً فولدت لستةِ أشْهُرٍ فجيء بها إلى عثمان رضي الله عنه فشاوَرَ في رجمها، فقال ابن عباس رضي الله عنه: إن خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم، قالوا: كيف؟ قال: إنَّ الله تعالى يقول: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فحمله ستَّة أشْهُرٍ وفصاله حولان، فتركها، كذا في التيسير.

قوله: فَإِنَّ غِذَاءَ الجَنِينِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الرَّضِيعِ، فإنَّ الولدَ يَبقىٰ في البطن ستَّة أشْهُرٍ ويَتَغَذَّىٰ بغذاء الأمِّ ثم ينفصل ويصيرُ أصلاً في الغذاء.

قوله: وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ، سواءٌ فَطَمَ أو لم يفطم، وقال بعض الناس: الكبيرُ والصغيرُ سواءٌ في حكم الرضاع، واحتجُّوا بظاهر النصوص، وبقول عائشة رضي الله عنها: حتى كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحدٌ من الرجال أَمَرَت أختَها أمَّ كلثوم أو بعض بنات أُختها أن ترضعه خمسًا، ثمَّ كان يدخلُ عليها، إلا أنَّ غيرها من نساء رسول الله عليه الصلاة والسلام رضي الله عنهنَّ كنَّ يأبَيْن ذلك ويقلن: لا نرىٰ هذا من رسول الله عليه الصلاة والسلام إلا رخصةً لسهلة خاصَّةً، حيثُ قال لها رسول الله

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا رَضَاعَ بَعْدَ الفِصَالِ» وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ بِاعْتِبَارِ النُّشُوءِ وَذٰلِكَ فِي المُدَّةِ إِذِ الكَبِيرُ لَا يَتَرَبَّىٰ بِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ الفِطَامُ قَبْلَ المُدَّةِ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذَا اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ، وَوَجْهُهُ انْقِطَاعُ النُّشُوءِ بِتَغَيُّرِ الغِذَاءِ وَهَلْ يُبَاحُ الإِرْضَاعُ بَعْدَ المُدَّةِ؟ فَقِيلَ لَا يُبَاحُ؛ لِأَنَّ إِبَاحَتَهُ ضَرُورِيَّةٌ لِكَوْنِهِ جُزْءُ الآدَمِيِّ.

قَالَ: (وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ) لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَا (إِلَّا أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ

عليه الصلاة والسلام: «أرْضِعي سَالِمًا خمسًا تحرمين بِها عليه» ولكنَّا نقول: انتسخ هذا الحكم بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: «الرضاع ما أنْبَتَ اللَّحم وأنْشَزَ العظم» وذلك في الكبير لا يحصل، والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا، ورُوِيَ أنَّ أبا موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه سُئِلَ عن رضاع الكبير فأوْجَبَ الحرمةَ ثم أتوا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسألوه عن ذلك فقال: أتَرَوْنَ هذا الأشمط رضيعًا فيكم؟ فلمَّا بَلَغَ أبا موسى الأشعري رضي الله عنه حَلَفَ أن لا يفتي ما دامَ عبد الله فيهم، وفي روايةٍ فقال أبو موسى الأشعريُّ: لا تسألوني مادام هذا الحبْرُ بين أظهركم.

قوله: إِلَّا أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعِ، قوله: مِنَ الرَّضَاعِ، جاز أن يتعلق بالأمِّ وجاز أن يتعلق بالأختِ وجاز أن يتعلق بِهما، أما صورة تعلقه بالأمِّ فهي أن يكون لرجلٍ أختٌ من النسب ولها أمٌّ من الرضاعة فإنه يجوز له أن يتزوَّج أم أخته التي كانت أمُّها من الرضاعة، وأما صورة تعلقه بالأختِ فهي أن تكون لرجلٍ أختٌ من الرضاعة ولها أمٌّ من النسب فإنه يجوز له أن يتزوَّج أمَّ أخته التي كانت أمُّها من النَّسب، وأما صورة تعلقه بِهما فبأن يجتمع الصبيُّ والصبية الأجنبيان على ثديِ امرأةٍ أجنبيةٍ وللصبية أمٌّ أخرىٰ من الرضاعة

أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ النَّسَبِ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ أُمَّهُ أَوْ مَوْطُوءَةَ أَبِيهِ، بِخِلَافِ الرَّضَاعِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ، وَلَا يَجُوزُ ذٰلِكَ مِنَ النَّسَبِ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَطِئَ أُمَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ، وَلَمْ يُوجَدْ هٰذَا الْمَعْنَىٰ فِي الرَّضَاعِ (وَامْرَأَةُ أَبِيهِ أَوِ امْرَأَةُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا كَمَا لَا يَجُوزُ ذٰلِكَ مِنَ النَّسَبِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَذَكَرَ الْأَصْلَابَ فِي النَّصِّ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ التَّبَنِّي عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً فَتَحْرُمُ هٰذِهِ

فإنه يجوز لذلك الصبي أن يتزوَّج أمَّ أخته التي كانت الأمُّ من الرضاعة التي انفَرَدت بها رضيعًا، وذُكر في المحيط: قال أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: وما يتعلقُ به التحريمُ في النَّسَب يتعلَّقُ بالرَّضاع إلا في مسئلتين: إحداهما أنه لا يجوز للرَّجل أن يتزوَّج أمَّ أخته من النسب ويجوز في الرضاع، وإنما كان كذلك لأنَّ في النسب إذا كانا أخوين لأمٍّ فأمُّ الأخ أمُّه، وإن كانا أخَوَين لأبٍ فأمُّ الأخ امرأة أبيه، وهذا معدومٌ في الرضاع والمسئلة الثانية فإنه لا يجوز للرجل أن يَتزوَّج أختَ ابنه من النسب ويجوز في الرضاع، وإنَّما يكون كذلك لأنَّ أختَ ابنه من النسب إن كانت منه فهذه بنته، وإن لم تكن منه فهي ربيبته، وهذا المعنى لا يتأتَّى في الرضاع، حتى أنَّ في النَّسب لو لم يوجد أحد هذين المعنيين فإنَّه يجوز بأن كانت جاريةٌ بين شريكين جاءت بولدٍ فادَّعَياه حتَّى يثبت النَّسب منهما، ولكلِّ واحد منهما ابنةٌ من امرأةٍ أخرىٰ جاز لكلِّ واحدٍ من المولِيين أن يَتزوَّج بابنة شريكه وإن كان كلُّ واحد من المولِيين متزوِّجًا بأُخت ابنه من النَّسَب، وفي غير هاتين المسئلتين حكمُ الرضاع وحكمُ النَّسب سواءٌ.

قوله: وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً فَتَحْرُمُ هٰذِهِ

الصَّبِيَّةُ عَلَىٰ زَوْجِهَا وَعَلَىٰ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ لَهَا مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ) وَفِي أَحَدِ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ: لَبَنُ الفَحْلِ لَا يُحَرِّمُ لِأَنَّ الحُرْمَةَ لِشُبْهَةِ البَعْضِيَّةِ وَاللَّبَنُ بَعْضُهَا لَا بَعْضُهُ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَالْحُرْمَةُ بِالنَّسَبِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَكَذَا بِالرَّضَاعِ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -: «لِيَلِجْ عَلَيْكِ أَفْلَحُ فَإِنَّهُ عَمُّك مِنَ الرَّضَاعَةِ»

الصَّبِيَّةُ عَلَىٰ زَوْجِهَا وَعَلَىٰ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ لَهَا مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ، وأمُّه جدةً وابنه أخًا وبنته أختًا وأخوه عمًّا وأخته عمَّةً، حتَّىٰ لو كان للرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صغيرًا صارا أخَوَيْن لأبٍ، وإن كان أحدهما أنثىٰ لا يحلُّ النكاح بينهما، وإن كانتا أنثيين لا يحلُّ الجمع بينهما لأنَّهما أختان من أبٍ، وإن كان لرجل امرأةٌ واحدةٌ فولدت منه فأرضعت صبيين صارا أخَوَيْن لأبٍ وأمٍّ، ولا يحلُّ لهذا المرضع امرأةٌ وطئها الزوجُ ولا للزوج امرأةٌ وطئها الرَّضيعُ.

قوله: وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وهو: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، وقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها: «لِيَلِجْ عليكِ أَفْلَحُ فإنه عمُّكِ من الرضاعة» فالعمُّ من الرضاع لا يكون إلا من لبن الفحل، ثمَّ المراد من لبن الفحل لبنٌ حَدَثَ من حمل رجلٍ فذاك أبُ الرضيع، وفي النهاية للعلامة السغناقي رحمه الله تعالىٰ: وتفسير ذلك ما ذكره في الذخيرة والمحيط فقال: امرأةٌ ولدَتْ من زوجٍ وأرضعت ولدها ثم يَبِس ثم درَّ لها اللَّبنُ بعد ذلك فأرضعت صبيًّا، لهذا الصبي أن يَتزوَّج بابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة، قال وليسَ هذا بلبن الفحل، وكذلك إذا تزوَّج امرأةً ولم تلد منه قطُّ ثمَّ نزلَ لها اللَّبنُ فإنَّ هذا اللَّبنُ من هذه المرأة، ولو زنىٰ بامرأةٍ فولدت منه فأرضعت بهذا اللَّبن صبيَّةً لا يجوز لهذا الزانِي أن يَتزوَّج بهذه الصبيَّة ولا لأبيه ولا لابنه ولا لأبناء أولاده لوجود البعضية بين

وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِنُزُولِ اللَّبَنِ مِنْهَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ) ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ وَذٰلِكَ مِثْلُ الأَخِ مِنَ الأَبِ إِذَا كَانَتْ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ جَازَ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

(وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَىٰ ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَىٰ) هٰذَا هُوَ الأَصْلُ؛ لِأَنَّ أُمَّهُمَا وَاحِدَةٌ فَهُمَا أَخٌ وَأُخْتٌ (وَلَا يَتَزَوَّجُ المُرْضَعَةَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْ) لِأَنَّهُ أَخُوهَا (وَلَا وَلَدُ وَلَدِهَا) لِأَنَّهُ وَلَدُ أَخِيهَا (وَلَا يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ المُرْضَعُ أُخْت زَوْجِ

هؤلاء وابن هذا الزاني.

قوله: وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِنُزُولِ اللَّبَنِ مِنْهَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ، ولا يلزم على هذا ما إذا نزل للرجل لبنٌ فأرْضَعَ به صبيًّا لم يتعلَّق به التحريمُ لأنه ليسَ بلبنٍ ولا يتغذَّىٰ به الصبيُّ.

قوله: وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَىٰ ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ، أي ثدي امرأةٍ واحدةٍ.

قوله: وَلَا يَتَزَوَّجُ المُرْضَعَةَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْ، في النهاية: المُرْضَعَة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحدًا على المفعولية، و: من ولد التي أرضعت، علىٰ طريق الإضافة، هذا هو الأصلُ من النُّسخ، وفي نُسخةٍ أخرىٰ: ولا تتزوَّج المرضعة أحدٌ من ولد التي أرضعت، بعكس الأولىٰ في الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضًا صحيحٌ، ونسختان آخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونُها فاعله أو مفعوله على ما ذكرنا، ولكن على هذين التقديرين لا بدَّ أن يكون من الولد التي أرضعت معرفًا باللَّام.

الْمُرْضَعَةِ) لِأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ.

(وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ المَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ مَوْجُودٌ فِيهِ حَقِيقَةً، وَنَحْنُ نَقُولُ المَغْلُوبُ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا حَتَّىٰ لَا يَظْهَرَ فِي مُقَابَلَةِ الغَالِبِ كَمَا فِي اليَمِينِ (وَإِنِ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِذَا كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَوْلُهُمَا فِيمَا إِذَا لَمْ تَمَسَّهُ النَّارُ، حَتَّىٰ لَوْ طَبَخَ بِمَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لَهُمَا أَنَّ العِبْرَةَ لِلْغَالِبِ كَمَا فِي المَاءِ إِذَا لَمْ يُغَيِّرْهُ

قوله: وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وكذا لو خَلَط بالدواء أو بلبن البهيمة فالعبرةُ للغالب، وفسَّر الغلبة محمد رحمة الله تعالى عليه فقال: إن لَم يغيِّر الدواءُ اللَّبنَ تثبتُ الحرمة وإن غيَّر لا تثبتُ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: إن غيَّر طعم اللَّبن ولونه لا يكون رضاعًا، وإن غيَّر أحدهما دون الآخر يكون رضاعًا، وقيل علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا جعل اللبن في دواءٍ أو أخلط بالماء لا تثبت الحرمة بكلِّ حال، كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَإِنْ غَلَبَ المَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن إذا جعل في جُبّ من الماء فشربه الصبي تثبتُ به الحرمة، كذا في المبسوط، لأنه موجود فيه حقيقةً، وذلك القدر لو وصل بنفسه يثبت به التحريمُ فكذا إذا كان معه غيره، ولنا أنَّ المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب كما في

شَيْءٌ عَنْ حَالِهِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الطَّعَامَ أَصْلٌ وَاللَّبَنُ تَابِعٌ لَهُ فِي حَقِّ المَقْصُودِ فَصَارَ كَالْمَغْلُوبِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِتَقَاطُرِ اللَّبَنِ مِنَ الطَّعَامِ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ التَّغَذِّيَ بِالطَّعَامِ إِذْ هُوَ الأَصْلُ.

(وَإِنِ اخْتَلَطَ بِالدَّوَاءِ وَاللَّبَنُ غَالِبٌ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ يَبْقَىٰ مَقْصُودًا فِيهِ، إِذِ الدَّوَاءُ لِتَقْوِيَتِهِ عَلَى الوُصُولِ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ الشَّاةِ وَهُوَ الغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ (وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ كَمَا فِي المَاءِ.

(وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَغْلَبِهِمَا) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الكُلَّ صَارَ شَيْئًا وَاحِدًا فَيُجْعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ فِي بِنَاءِ الحُكْمِ عَلَيْهِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ: يَتَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الجِنْسَ فَإِنَّ الشَّيْءَ لَا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي جِنْسِهِ لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ،

اليمين، فإنه لو حلف أن لا يشرب اللبن فشرب لبنًا مغلوبًا بالماء لا يحنث.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِتَقَاطُرِ اللَّبَنِ مِنَ الطَّعَامِ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احترازٌ عن قول بعضهم إذا كان يتقاطرُ منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لأنَّ القطرة من اللبن إذا دخلت في حلق الصبي كانت كافيةً لإثبات الحرمة، والأصَحُّ أنَّه لا تثبت علىٰ كل حال عنده لأنَّ التَّغَذِّي كان بالطعام دون اللَّبن، كذا في المبسوط.

قوله: وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ - إلى أن قال - وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ فِي هٰذَا رِوَايَتَانِ، في رواية اعتبر الغالبَ كما هو قولُ أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه،

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هٰذَا رِوَايَتَانِ، وَأَصْلُ المَسْأَلَةِ فِي الأَيْمَانِ.

(وَإِذَا نَزَلَ لِلْبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ صَبِيًّا تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّهُ سَبَبُ النُّشُوءِ فَتَثْبُتُ بِهِ شُبْهَةُ البَعْضِيَّةِ.

(وَإِذَا حَلَبَ لَبَنَ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَوْجَرَ الصَّبِيَّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: الأَصْلُ فِي ثُبُوتِ الحُرْمَةِ إِنَّمَا هُوَ المَرْأَةُ ثُمَّ تَتَعَدَّىٰ إِلَىٰ غَيْرِهَا بِوَاسِطَتِهَا، وَبِالْمَوْتِ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لَهَا، وَلِهٰذَا لَا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ، وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ شُبْهَةُ الجُزْئِيَّةِ وَذٰلِكَ فِي اللَّبَنِ لِمَعْنَى الإِنْشَازِ وَالْإِنْبَاتِ وَهُوَ قَائِمٌ بِاللَّبَنِ، وَهٰذِهِ الحُرْمَةُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ المَيِّتَةِ دَفْنًا وَتَيَمُّمًا، أَمَّا الحُرْمَةُ فِي الوَطْءِ لِكَوْنِهِ مُلَاقِيًا لِمَحَلِّ

وفي روايةٍ تثبت الحرمة منهما كما هو قول محمد رحمة الله تعالىٰ عليه، وأصلُ المسئلة في الأيمان وهو ما إذا حلف لا يشربُ من لبن هذه البقرة فخَلَط لبنها بلبن بقرةٍ أُخرىٰ وشَرِبَه فهو على هذا الخلاف.

قوله: وَإِذَا حَلَبَ لَبَنَ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَوْجَرَ الصَّبِيَّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا يحرمُ إذا حلب بعد الموت، بخلاف ما إذا حلب قبل الموت فشربه بعد الموت فإنه تثبتُ به الحرمة، لأنَّ اللبن كان محلًّا قابلاً للحكم عند حدوثه فتعلَّق الحكمُ به ولم يبطل ذلك بموت مَنِ انفصَل منه، أمَّا إذا انفصلَ بعد الموت فلم يحدث اللَّبن علىٰ وجهٍ يتعلق به الحكم فصارَ كلبن البهيمة إذا ارتَضَعَ صبيان منه.

قوله: وَهٰذِهِ الحُرْمَةُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ المَيِّتَةِ دَفْنًا وَتَيَمُّمًا، هذا جوابٌ عن حرف الخصم وهو أنَّ بالموت لم يبق محلاً لها فقال: تظهر هذه الحرمة في الميِّت دفنًا وتيَمُّمًا،

الحَرْثِ وَقَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا احْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللَّبَنِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَثْبُتُ بِهِ الحُرْمَةُ كَمَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ المُفْسِدَ فِي الصَّوْمِ إِصْلَاحُ البَدَنِ وَيُوجَدُ ذٰلِكَ فِي الدَّوَاءِ، فَأَمَّا المُحَرِّمُ فِي الرَّضَاعِ فَمَعْنَى النُّشُوءِ وَلَا يُوجَدُ ذٰلِكَ فِي الِاحْتِقَانِ؛ لِأَنَّ المُغَذِّي وُصُولُهُ مِنَ الأَعْلَىٰ.

(وَإِذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَبَنٍ عَلَى التَّحْقِيقِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ النُّشُوءُ وَالنُّمُوُّ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الوِلَادَةُ.

(وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) ؛ لِأَنَّهُ لَا جُزْئِيَّةَ

بأن كانت المرضعة ذات زوج، فإن زوجها صار محرمًا لهذه الميتة بالصِّهْرية بسبب هذا الإيجار، وقيل: هذه المسئلة بناءٌ على أنَّ الفعل الحرامَ لا يصلح سببًا للكرامة عنده رحمه الله، كالوطء الحرام لا يوجب حرمة المصاهرة عنده، وعندنا يصلح سببًا باعتبار أنه سبب للجزئية لا باعتبار أنه حرامٌ، فكذا هنا إيجار لبن الميِّت حرامٌ فلا تثبت به الحرمة عنده، وعندنا ثبوت الحرمة باعتبار أنَّه معدٌّ للصبيِّ لا باعتبار أنه حرامٌ.

قوله: وَإِذَا احْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللَّبَنِ، الصوابُ: وإذا أحقن.

قوله: وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ، فلا رِضَاع بينهما، لأنه لا جزئية بين الآدميِّ والبهائم لأنَّ الأختية لا تكون إلا بعد الأُمِّية والبهيمة لا تتصوَّر أن تكون أُمًّا للآدمي وِلادًا فكذا رَضاعًا، بخلاف ما لو حصل الرضاعُ من المرأة لأنَّ الأُمِّية هنا تتصور وِلادًا فكذا

بَيْنَ الآدَمِيِّ وَالْبَهَائِمِ وَالْحُرْمَةُ بِاعْتِبَارِهَا.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرْضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ) ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الأُمِّ وَالْبِنْتِ رَضَاعًا وَذٰلِكَ حَرَامٌ كَالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَسَبًا (ثُمَّ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ فَلَا مَهْرَ لَهَا) ؛ لِأَنَّ الفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ) ؛ لِأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ لَا مِنْ جِهَتِهَا، وَالِارْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلًا مِنْهَا لٰكِنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ

رضاعًا، وكان محمد بن إسماعيل رحمه الله تعالىٰ صاحبُ الحديث يقول: تثبتُ به حرمة الرضاع، فإنه دَخَل بُخارىٰ في زمن الشيخ أبي حفص الكبير رحمه الله تعالىٰ وجعل يفتي فقال له الشيخ: لا تفعل! فلستَ هنالكَ، فأبىٰ أن يقبل نصيحته حتى استُفتِيَ عن هذه المسئلة: إذا أُرْضِعَ صبيَّان بلبن شاة، فأفتىٰ بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بُخارىٰ بسبب هذه الفتوىٰ.

قوله: فَأَرْضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ، ثم إن كان قبل الدخول بالكبيرة جازَ له أن يتزَوَّج بالصغيرة لأنَّها رَبيبتُه ولم يدخل بأمِّها ولا يتزوَّجُ الكبيرةَ أبدًا لأنَّها أمُّ امرأته من الرضاع، كذا في الإيضاح.

قوله: وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ، وقال مالكٌ رحمه الله تعالىٰ: لا يجبُ لأنَّ الفرقة جاءت من قبلها بأن صارت بنتًا للكبيرة فسَقَطَ مهرها كما سقط مهر الكبيرة بأن صارت أمَّها، ألا ترىٰ أنَّ مهرَ الكبيرة يسقطُ وإن قصدت الحسنة بأن خافت الهلاكَ على الصغيرة، وإنا نقولُ: أنَّ هذه الفرقة لمَّا صارت سبب ضمان واستَقامَ الإضافة إلى اسم الأُميَّة والبِنْتِيَّة أَضَفْنَاها إلى الأُميَّة التي في الأمِّ لأنها هي المُخَاطبة دون البنت، كذا في الأسرار.

قوله: وَالِارْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلًا مِنْهَا، جوابُ سُؤال بأن يقال: علَّة الفرقة ارْتِضَاع

مُعْتَبَرٍ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهَا كَمَا إِذَا قَتَلَتْ مُوَرِّثَهَا (وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الفَسَادَ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا، وَإِنْ

الصغيرة والإلقَاءُ سببٌ، والحكمُ يضافُ إلى العلّة لا إلى السبب، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: لا يقال: لو لا امتصَاصُها ما جاءت الفرقة، قيل له: هي مجبورةٌ على ذلك بحكم الطبع والكبيرة في إلْقَاءِ الثدي في فمها مختارةٌ فأُضيف الفسادُ إليها، كمن ألْقىٰ حيَّةً على إنسانٍ ولَدَغَتْه إنَّ الضمان على المُلْقِي لأنَّ اللَّدَغَ لها طبعٌ، حتَّىٰ أنَّ الصغيرة لو جاءت إلى الكبيرة وهي نائمةٌ فارتضعت بَانتَا، ولكلٍّ واحدة نصف المهر ولا يرجع الزوجُ على أحدٍ، فإن قيل: يشكل هذا بصغيرةٍ مسلمةٍ تحت مسلم ارتدَّ أبواها ولحقا بِها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يُقضىٰ لها بشيءٍ من المهر ولم يوجد الفعل منها، قيل: له الردَّةُ مَحْظُورةٌ لا إباحَةَ لها بحال من الأحوال وإنَّها معنًى قام بِها حُكمًا، بخلاف الارتضاع لأنه لا حاظرَ له، فإن قيل: يشكل هذا برجلٍ تزوَّج امرأةً ولم يدخل بِها حتى جاء رجلٌ وقتلها يُقضىٰ على الزوج بالمهر ولا يرجع على القاتل بشيءٍ مع أنَّ القتل محظورٌ، قلنا: القصاصُ في العمد أحد موجبي القتل وكذا الدية في الخطاء فلا يستوجبُ شيئًا آخر بسبب قتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواحب فلا يتضاعفُ حقُّه، وأمّا الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيبَ له ضمن شيء فيُضمن ما تَلَفَ عليه وهو نصف الصداق، كذا في الفوائد الظهيرية، وذكر في الأسرار في جواب سؤال الردَّة فقال: لا يمكنُ إضافة الفرقة إلى ردَّة أبويها فإنَّ ردَّتها في الجملة تنفصل عن ردَّتِهما ولا تَبينُ هيَ بردَّتِهما وإنما تبين بردَّة نفسها فكانت الفرقة لمعنًى فيها، ثم قال في الأسرار: هذه مسئلةٌ مشكلةٌ.

قوله: وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الفَسَادَ، لأنَّها بالإرضاع أكَّدت ما كان علىٰ شرف السقوط بأن قبَّلت ابنَ زوجها بعد ما صارت مشتهاةً وقد أكَّدته بالإرضاع فتضمَّن نصف المهر، كما في شهود الطلاق وكما لو زنىٰ بامرأة أبيه قبل الدخول

عَلِمَتْ بِأَنَّ الصَّغِيرَةَ امْرَأَتُهُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ أَكَّدَتْ مَا كَانَ عَلَىٰ شَرَفِ السُّقُوطِ وَهُوَ نِصْفُ المَهْرِ وَذٰلِكَ يَجْرِي مَجْرَى الإِتْلَافِ لٰكِنَّهَا مُسَبِّبَةٌ فِيهِ إِمَّا لِأَنَّ الإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَادٍ لِلنِّكَاحِ وَضْعًا وَإِنَّمَا ثَبَتَ ذٰلِكَ بِاتِّفَاقِ الحَالِ، أَوْ لِأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِإِلْزَامِ المَهْرِ بَلْ هُوَ سَبَبٌ لِسُقُوطِهِ، إِلَّا أَنَّ نِصْفَ المَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتْعَةِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، لٰكِنَّ

بِها تقع الفرقةُ بينهما ويُقضىٰ على الأب بنصف الصداق ويرجعُ به على ابنه، وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ: لا يرجعُ الأب على الابن وإن كان قال الابن: تعمَّدت فساد النكاح لِمَا أنه وجب عليه حدُّ الزنا فلا يغرمُ شيئًا آخر، وأمَّا لو قبَّل الابنُ امرأةَ أبيه وقال: تعمَّدتُ فسادَ النكاح يرجعُ الأبُ بما وجبَ عليه من نصف الصداق على الابن لأنه أكَّد ما كان علىٰ شرف السقوطِ.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي فيما إذا تعمَّدت الفساد أو لم تتعمَّد لأنَّ من أصله أنَّ المُسبِّب كالمباشر، ولهذا جَعَلَ رحمه الله فتحُ باب القفص والإصطبل وحلُّ قيد الآبِق موجبًا للضمان، وفي المباشرة المُتَعَدِّي وغير المُتَعَدِّي سواءٌ فكذلك في التَّسبيب على قوله، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يرجعُ عليها بمهر مثل المنكوحة لأنَّها أتلفت ملكَ نكاحِها وملك النكاح عنده مضمون بالإتلاف حتّىٰ قال في شاهدَيِ الطلاق بعد الدخول: إذا رَجَعَا ضَمِنَا مهر المثلِ، كذا في المبسوط.

قوله: إِلَّا أَنَّ نِصْفَ المَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتْعَةِ، جوابٌ لسؤالٍ يردُ على قوله: لأنَّ إفسادَ النكاح ليسَ بسببٍ لإلْزام المهر فلا يكون مُلْزِمًا على الزوج شيئًا فقد انتقض قولك بوجوب نصف المهر عند الإفساد فعُلِمَ بِهذا أنَّ الإفساد مُلزِمٌ على الزوج، فأجابَ عنه بأنَّ

مِنْ شَرْطِهِ إِبْطَالَ النِّكَاحِ، وَإِذَا كَانَتْ مُسَبِّبَةً يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَدِّي كَحَفْرِ البِئْرِ، ثُمَّ إِنَّمَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً إِذَا عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَقَصَدَتْ بِالْإِرْضَاعِ الفَسَادَ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَعْلَمْ بِالنِّكَاحِ أَوْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَلٰكِنَّهَا قَصَدَتْ دَفْعَ الجُوعِ وَالْهَلَاكِ عَنِ الصَّغِيرَةِ دُونَ الفَسَادِ لَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً؛ لِأَنَّهَا مَأْمُورَةٌ بِذٰلِكَ وَلَوْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالْفَسَادِ لَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً أَيْضًا، وَهٰذَا مِنَّا اعْتِبَارُ الجَهْلِ لِدَفْعِ قَصْدِ الفَسَادِ لَا لِدَفْعِ الحُكْمِ.

(وَلَا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ

نصف المهر يجبُ بطريق المتعة والمتعة تجبُ ابتداءً بالنصِّ بقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] لا بمقتضى العقد فإنَّ العقد قد انفسخ قبل الاستيفاء فصار كهلاك المبيع قبل القبض وهو لا يوجبُ على المشتري شيئًا فكذلك ههنا.

قوله: لِأَنَّهَا مَأْمُورَةٌ بِذٰلِكَ، قال عليه الصلاة والسلام: «أفضلُ الأعمال إشباعُ كبدٍ جائعٍ» وهو فريضةٌ إن خافَ هلاكَ الصغيرة، ومندوبٌ إن كانت جائعةً، ومباحٌ إن لم تقصد الفساد، وتعَمُّدُ الفساد إنما يكون إذا أرْضَعتها بلا حاجةٍ وتعلم بقيام النكاح وتعلم أنَّ الرِّضاعَ مُفْسِدٌ، فإن فاتَ شيء ممَّا ذكرنا لم تكن مُتَعَمِّدَةً، والقولُ في ذلك قولُها لأنه شيءٌ في باطنها لا يَقِفُ عليه غيرها فلا بُدَّ من قبول قولها فيه.

قوله: وَهٰذَا مِنَّا اعْتِبَارُ الجَهْلِ لِدَفْعِ قَصْدِ الفَسَادِ، وبه يصير الإرضاعُ تَعَدِّيًا فيصلح سببًا للضمان، لَا لِدَفْعِ الحُكْمِ، وهو وجوب الضمان.

قوله: وَلَا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ، أجنبيَّةً كانت أو أُمَّ أحد الزوجين، والمرادُ من الانفراد انْفِرَادُهنَّ من الرجال لا انْفِرَادُها عن جَمَاعتهنَّ.

رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَّامْرَأَتَيْنِ) وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ إِذَا كَانَتْ مَوْصُوفَةً بِالْعَدَالَةِ؛ لِأَنَّ الحُرْمَةَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ فَتَثْبُتُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ كَمَنِ اشْتَرَىٰ لَحْمًا فَأَخْبَرَهُ وَاحِدٌ أَنَّهُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ، وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ لَا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنْ زَوَالِ المِلْكِ فِي بَابِ النِّكَاحِ وَإِبْطَالُ المِلْكِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَّامْرَأَتَيْنِ، بِخِلَافِ اللَّحْمِ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ التَّنَاوُلِ تَنْفَكُّ عَنْ زَوَالِ

قوله: كَمَنِ اشْتَرَىٰ لَحْمًا فَأَخْبَرَهُ وَاحِدٌ أَنَّهُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ، فإنه لا ينبغي للمسلم أن يأكُلَ ويُطْعِمَ غيرَه لأنَّ المُخْبِرَ أخبَرَه بحرمة العين وبُطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك، ثمَّ لما تثبت الحرمة هنا مع بقاء الملك لا يمكنه الردُّ علىٰ بائعه ولا أن يحبس الثمنَ على البائعِ.

قوله: وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ لَا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنْ زَوَالِ المِلْكِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وإبطالُ الملكِ يتوقَّفُ علىٰ شهادة شاهدين، كما لو شهدوا على الطلاق، وهذا لأنَّ ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكونُ الشهادة بالرضاع شهادةً بالطلاق اقتضاءً، بخلاف مسئلة اللَّحم لأنَّ حرمةَ التناول تقبل الفصلَ عن زوال الملك فإنَّ الخمرَ مملوكةٌ ولا يحلُّ تناولها وجلد الميتة مملوكةٌ وحرم الانتفاع به، وإذا كانت الشهادةُ بحرمة الأكل لا تَتضَمَّن زوالَ ملكه كانت الشهادة قائمةً علىٰ مجرَّد الحرمة والحرمة حقُّ الله تعالىٰ فيقبلُ فيها خبر الواحد لأنه أمْرٌ دينيٌّ، وكذا إذا خَطَبَ رجلٌ امرأةً فشهدت امرأةٌ عدلةٌ قبل أن يقعَ عقد النكاح أنَّها أرضعتهُما فهو في سعة من تكذيبها وله أن يَتَزَوَّجَها، وكذا لو شهد معها رجلٌ، وإذا كان المُخْبِر ثِقة فالأَوْلىٰ أن يتنزَّهَ عنه ولا يجبُ عليه ذلك لأنه لو تركَ نكاح امرأةٍ تحلُّ له كان خيرًا له من أن يتزوَّجَ امرأةً لا تحلُّ له، كذا في

الْمِلْكِ فَاعْتُبِرَ أَمْرًا دِينِيًّا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

❊ ❊ ❊

الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالى، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الطَّلَاقِ

بَابُ طَلَاقِ السُّنَّةِ

قَالَ: (الطَّلَاقُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: حَسَنٌ، وَأَحْسَنُ، وَبِدْعِيٌّ، فَالْأَحْسَنُ أَنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَيَتْرُكَهَا حَتَّىٰ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا) ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ - كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ لَا يَزِيدُوا فِي الطَّلَاقِ عَلَىٰ وَاحِدَةٍ حَتَّىٰ تَنْقَضِيَ العِدَّةُ فَإِنَّ هٰذَا أَفْضَلُ عِنْدَهُمْ مِنْ أَنْ يُطَلِّقَهَا الرَّجُلُ ثَلَاثًا عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ وَاحِدَةٌ؛

كتاب الطَّلَاق

هو اسمٌ بمعنى التطليق كالسَّلام والسَّراح بمعنى التسليم والتسريح، ومنه قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ومصدرٌ من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل، وبالفتح كالفساد من فسد، والتركيبُ يدل على الحِلِّ واللنحلال، ومنه: أطْلَقْتُ الأسيرَ إذا حلَلْتُ إسَارَه فحليته، وأطْلَقْتُ النَّاقَةَ من العِقال، وطلَقتُ بالفتح، وناقةٌ طالِقٌ لا قيدَ عليها، ثم الطلاقُ علىٰ نوعين: سُنيٌّ، وبِدْعِيٌّ، فالسُّنيُّ نوعان: سُنيٌّ من حيث العدد وسُنيٌّ من حيث الوقت، والبِدْعِيُّ نوعان: بِدْعِيٌّ بمعنًى يَعُودُ إلى العدد، وبِدْعِيٌّ بمعنًى يَعُودُ إلى الوقت، فالسُّنيُّ من حيثُ العدد نوعان: حَسَنٌ وأحْسَنٌ، فالأحْسَنُ أن يُطَلِّقَ الرجلُ امرأتَه تَطْلِيقَةً في طُهْرٍ لم يُجَامِعْهَا فيه ويتركها حتى تنقضي عدَّتُها.

وَلِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ النَّدَامَةِ وَأَقَلُّ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي الكَرَاهَةِ (وَالْحَسَنُ هُوَ طَلَاقُ السُّنَّةِ، وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَ المَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ) وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنَّهُ بِدْعَةٌ وَلَا يُبَاحُ إِلَّا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظْرُ وَالإِبَاحَةُ لِحَاجَةِ الخَلَاصِ وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالْوَاحِدَةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - «إِنَّ مِنَ السُّنَّةِ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ اسْتِقْبَالًا فَتُطَلِّقَهَا لِكُلِّ قُرْءٍ تَطْلِيقَةً» وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ دَلِيلِ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ، فَالْحَاجَةُ كَالْمُتَكَرِّرَةِ نَظَرًا إِلَىٰ دَلِيلِهَا، ثُمَّ قِيلَ: الأَوْلَىٰ أَنْ يُؤَخِّرَ الإِيقَاعَ إِلَىٰ آخِرِ الطُّهْرِ احْتِرَازًا عَنْ تَطْوِيلِ العِدَّةِ، وَالْأَظْهَرُ أَنْ يُطَلِّقَهَا كَمَا طَهُرَتْ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَّرَ رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمِنْ قَصْدِهِ التَّطْلِيقُ فَيُبْتَلَىٰ بِالْإِيقَاعِ عَقِيبَ الوِقَاعِ.

(وَطَلَاقُ البِدْعَةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَكَانَ عَاصِيًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -:

قوله: وَأَقَلُّ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ، حيثُ لم تبطل مَحَلِّيَّتُها نظرًا إليه لأنَّ اتِّساع المحلية نِعْمَةٌ في حقِّهنَّ ولم يقل أحدٌ بكراهته بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالكٍ رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَطَلَاقُ البِدْعَةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، وقال الشافعي رحمة الله تعالىٰ عليه: كلُّ طَلَاقٍ مُبَاحٌ، ثم قال: لا أعْرِفُ في الجمع بِدْعةً ولا في التفريق سُنَّةً بل كل ذلك مباحٌ، ويقول: إيقاعُ الثلاث جملةً سنةٌ، حتى إذا قال لامرأته: أنتِ

كُلُّ الطَّلَاقِ مُبَاحٌ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ حَتَّىٰ يُسْتَفَادَ بِهِ الحُكْمُ وَالْمَشْرُوعِيَّةُ لَا تُجَامِعُ الحَظْرَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الحَيْضِ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ تَطْوِيلُ العِدَّةِ عَلَيْهَا لَا الطَّلَاقِ، وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظْرُ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ المَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنْيَوِيَّةُ وَالْإِبَاحَةُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الخَلَاصِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَهِيَ فِي المُفَرَّقِ عَلَى الأَطْهَارِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَىٰ دَلِيلِهَا، وَالْحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَةٌ فَأَمْكَنَ تَصْوِيرُ الدَّلِيلِ عَلَيْهَا، والمَشْرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِزَالَةُ الرِّقِّ لَا تُنَافِي الحَظْرَ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَكَذَا إِيقَاعُ الثِّنْتَيْنِ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ بِدْعَةٌ؛ لِمَا قُلْنَا، وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي

طالِقٌ ثلاثًا للسنة، وقعَ الكلُّ في الحال عنده.

قوله: وَهِيَ فِي المُفَرَّقِ عَلَى الأَطْهَارِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَىٰ دَلِيلِهَا، وهو الإقدامُ على الطلاق في حالٍ يَمِيلُ قلبه إليها وهو الطهر الخالي عن الجماعِ والطُّهر الثاني والثالث نظير الأول في كونِها دليل الرغبة فصارت الحاجة كالمتكررة بالنظر إلىٰ دليلها.

قوله: وَالْحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَةٌ، لأنَّها قد تحتاج إلى أن يَحْسِمَ باب النكاح ليتخَلَّصَ عنها بالكليَّة لأنه رُبَّما يَهْواها ويميلُ طبعه إليها ما دام سبيل الوصول إليها ثابِتًا فيقعُ في عهدتِها فأمْكَن تصوير الدليل عليها.

قوله: لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ المَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنْيَوِيَّةُ.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: وَلَا حَاجَةَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ، والخُلْع سُنِّيٌّ

الوَاحِدَةِ البَائِنَةِ، قَالَ فِي الأَصْلِ: إِنَّهُ أَخْطَأَ السُّنَّةَ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَىٰ إِثْبَاتِ صِفَةٍ زَائِدَةٍ فِي الخَلَاصِ وَهِيَ البَيْنُونَةُ، وَفِي الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الخَلَاصِ نَاجِزًا.

(وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلَاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ: سُنَّةٌ فِي الوَقْتِ، وَسُنَّةٌ فِي العَدَدِ، فَالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا المَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا (وَالسُّنَّةُ فِي الوَقْتِ تَثْبُتُ فِي المَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً، وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) لِأَنَّ المُرَاعَىٰ دَلِيلُ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الحَيْضِ فَزَمَانُ النَّفْرَةِ، وَبِالْجِمَاعِ مَرَّةً فِي الطُّهْرِ تَفْتُرُ الرَّغْبَةُ (وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهْرِ وَالْحَيْضِ) خِلَافًا لِزُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ يَقِيسُهَا عَلَى المَدْخُولِ بِهَا، وَلَنَا أَنَّ الرَّغْبَةَ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا

وإن كان في حالة الحيض لأنه قد يحتاج إلى المعاداة لأنَّ الله تعالىٰ قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

قوله: فَالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا المَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا، أي السنة في العدد وهو أن يُطَلِّقَها واحدةً، فإن كانت في المدخول بِها في طُهْرٍ لم يُجَامِعْها فيه يكون سُنيًّا في العدد والوقت، وإن لم يكن كذلك فهو سُنِّيٌّ في العدد لا في الوقت فيكون سُنِّيًّا في العدد مطلقًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الرَّغْبَةَ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا صَادِقَةٌ لَا تَقِلُّ بِالْحَيْضِ، فإن قيل:

صَادِقَةٌ لَا تَقِلُّ بِالْحَيْضِ مَا لَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُهُ مِنْهَا، وَفِي المَدْخُولِ بِهَا تَتَجَدَّدُ بِالطُّهْرِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ المَرْأَةُ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَىٰ شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَىٰ، فَإِذَا مَضَىٰ شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَىٰ) ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيْضِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ﴾ إِلَىٰ أَنْ قَالَ ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] وَالْإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيْضِ خَاصَّةً حَتَّىٰ يُقَدَّرَ الِاسْتِبْرَاءُ فِي

ينبغي أن يكون الطلاق في حالة الحيض مكروهًا في غير المدخول بِها أيضًا لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعُمر رضي الله تعالى عنه: «إِنَّ ابْنَكَ أَخْطَأَ السُّنَّةَ» فالعبرة لعموم اللفظ وهو الطلاقُ في حالة الحيض فتعمُّ المدخولَ بِها وغير المدخول بِها، قلنا: كان كذلك في حقِّ المدخول بِها بدليل آخر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلَّم: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا».

قوله: إِلَىٰ أَنْ قَالَ ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾، أي من الصغائر اللاتِي لم يَبْلَغْن واللاتِي يَبْلُغْن بالسنِّ كذلك أي يعتدُّونَ بثلاثةِ أَشْهُرٍ، كذا في التيسير.

قوله: وَالْإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيْضِ خَاصَّةً، أي لا في حقِّ الحيض والطهر، وفي المبسوط: وقد ظنَّ بعض أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ أنَّ الشهرَ في حقِّ التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حقِّ التي تحيضُ، وليس كذلك بل الشهرُ في حقِّها بمنزلة الحيض في حقِّ التي تحيضُ حتى يتقدَّرُ به الاستِبْرَاءُ، ولو كانت الإقامة باعتبارهما لكانَ ينبغي أن يقدَّر الاستِبْرَاء بعشرة لأنه أكثر الحيض، هذا لأنَّ المعتبَر في حقِّ ذوات الأقراء الحيض ولكن لا يتصوَّرُ تَجَدُّدُ الحيض إلا بتخلُّلِ الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائمًا مقامَ ما هو المعتبر في حقِّ ذوات الأقراء، فإن قيل: لمَّا أقيمَ الشهرُ مقامَ الحيض فإذا

حَقِّهَا بِالشَّهْرِ وَهُوَ بِالْحَيْضِ لَا بِالطُّهْرِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالْأَهِلَّةِ، وَإِنْ كَانَ فِي وَسَطِهِ فَبِالْأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ، وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُكْمِلُ الأَوَّلَ بِالْأَخِيرِ وَالْمُتَوَسِّطَانِ بِالْأَهِلَّةِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الإِجَارَاتِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلَا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ) وَقَالَ زُفَرُ: يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِشَهْرٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الحَيْضِ؛ وَلِأَنَّ بِالْجِمَاعِ تَفْتُرُ الرَّغْبَةُ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ بِزَمَانٍ وَهُوَ الشَّهْرُ: وَلَنَا أَنَّهُ لَا يُتَوَهَّمُ الحَبَلُ فِيهَا، وَالْكَرَاهِيَةُ فِي ذَوَاتِ الحَيْضِ بِاعْتِبَارِهِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ يُشْتَبَهُ وَجْهُ العِدَّةِ،

أَوْقعَ الطلاق في أيِّ شهرٍ كان من الأشهُر الثلاثة كان موقعا الطلاقَ في الحيض فكان حرامًا كما في حالة الحيض، قلنا: الخلف تبع للأصل بحاله لا بذاته، أي لا يقومُ مقامه في جميع الوجوه فإنَّ الشهرَ في حق الآيِسة طُهْرٌ حقيقةً وإنما أُقِيمَ الشهرُ مقامَ الحيض في حقِّ انقِضَاءِ العدَّةِ والاسْتِبْرَاء، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: فلو كانت الأشهُر بدلاً عن الأقراء في حقِّ جميع الأحكام لكان الطلاق بعد الجِمَاع مُحَرَّمًا كما في حقِّ ذوات الأقْراء، فلمَّا لم يُحَرَّمْ عُلِم أنَّ الأشهُر قامت مقام الحيض في حقِّ تعلُّقِ انقضاءالعدَّة بِها لاغيرُ.

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي وَسَطِهِ، أي وإن كان إيقاعُ الطلاق في وسط الشهر ففي حقِّ تفريق الطلاق يعتبر كلِّ شهر بالأيَّام وذلك ثلاثون يومًا.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلَا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ، قال شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالى: وكان شيخنا رحمه الله تعالى يقول: هذا إذا كانت صغيرةً لا يُرجىٰ منها الحيض والحبلُ، وأما إذا كانت صغيرةً يُرجىٰ منها الحيضُ أو الحبلُ فالأفضلُ

وَالرَّغْبَةُ وَإِنْ كَانَتْ تَفْتُرُ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذُكِرَ لٰكِنْ تَكْثُرُ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ؛ لِأَنَّهُ يَرْغَبُ فِي وَطْءٍ غَيْرِ مُعَلَّقٍ فِرَارًا عَنْ مُؤَنِ الوَلَدِ فَكَانَ الزَّمَانُ زَمَانَ رَغْبَةٍ وَصَارَ كَزَمَانِ الحَبَلِ.

(وَطَلَاقُ الحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الجِمَاعِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى اشْتِبَاهِ وَجْهِ العِدَّةِ، وَزَمَانُ الحَبَلِ زَمَانُ الرَّغْبَةِ فِي الوَطْءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُعَلَّقٍ أَوْ يَرْغَبُ فِيهَا لِمَكَانِ وَلَدِهِ مِنْهَا فَلَا تَقِلُّ الرَّغْبَةُ بِالْجِمَاعِ (وَيُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلَاثًا يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لَا يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلَّا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الحَظْرُ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّفْرِيقِ عَلَىٰ فُصُولِ العِدَّةِ، وَالشَّهْرُ فِي حَقِّ

أن يفصِّل بين جماعِهَا وطلاقِهَا بشهرٍ، كذا في المحيط.

قوله: لٰكِنْ تَكْثُرُ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ، فإن قيل: تَعَارَضَت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتَسَاقَطتا بالمعارضة فرجعنا إلى الأصل وهو أنَّ الأصل في الطلاقِ الحظرُ لِمَا مرَّ فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها كما في ذوات الحيض، قلنا: الطُّهر زمان الرغبة فلمَّا عارَضَته فتورُ الرغبة بالجماع تَسَاوَيَا فترجَّحت جهة الرغبة بعد تعارضهما لكون الوطئ غير مُعَلَّقٍ، أو نقولُ: تعارضُ الفتور بالجماع مع الرغبة المعيَّنة وهي الرغبة في وطئ غير معلَّق فبقي نفس الرغبة باعتبار أنَّ الزمانَ زمانُ الطهر، وذلك لأنَّ انتفاء المعيَّن لا يوجب انتفاءَ المطلق فنفسُ الرغبة كافيةٌ لنفي الكراهية لصلاحتيها لدليل الحاجة.

قوله: وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّفْرِيقِ عَلَىٰ فُصُولِ العِدَّةِ، وهي الأَشْهُر أو الحيض، والشهرُ في حقِّ الحامل ليس من فصولها.

الحَامِلِ لَيْسَ مِنْ فُصُولِهَا فَصَارَ كَالْمُمْتَدَّةِ طُهْرُهَا، وَلَهُمَا أَنَّ الإِبَاحَةَ بِعِلَّةِ الحَاجَةِ وَالشَّهْرُ دَلِيلُهَا كَمَا فِي حَقِّ الآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ الجِبِلَّةُ السَّلِيمَةُ فَصَلَحَ عِلْمًا وَدَلِيلًا، بِخِلَافِ المُمْتَدِّ طُهْرُهَا؛ لِأَنَّ العِلْمَ فِي حَقِّهَا إِنَّمَا هُوَ الطُّهْرُ وَهُوَ مَرْجُوٌّ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلَا يُرْجَىٰ مَعَ الحَبَلِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيْضِ وَقَعَ الطَّلَاقُ) ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا يَنْعَدِمُ مَشْرُوعِيَّتُهُ (وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعُمَرَ: «مُرِ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا» وَقَدْ طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الحَيْضِ، وَهٰذَا يُفِيدُ الوُقُوعَ وَالْحَثَّ عَلَى الرَّجْعَةِ، ثُمَّ الِاسْتِحْبَابُ قَوْلُ بَعْضِ المَشَايِخِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الأَمْرِ وَرَفْعًا لِلْمَعْصِيَةِ بِالْقَدْرِ المُمْكِنِ بِرَفْعِ أَثَرِهِ وَهُوَ

قوله: وَلَا يُرْجَىٰ مَعَ الحَبَلِ، أي لا يُرجىٰ تَجَدُّدُ الطُّهْر مع الحبل لأن الحيض غير ممكن فلا يمكن الطهر.

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى قوله: لأنَّ المُحَرَّمَ تطويلُ العِدَّة عليها لا الطلاق.

قوله: عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الأَمْرِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لعُمَر رضي الله تعالىٰ عنه: «مُرِ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعها»، ولا يُقال: بِهذا الأمر يثبتُ الوجوبَ علىٰ عُمر رضي الله عنه بأن يَأمُرَ ابنَه بالمراجعة فكيف تثبتُ وجوب المراجعةُ بقول عُمر رضي الله عنه؟ لأنا نقول: فعلُ النائبِ كفعل المنوب فصار كأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام أَمَرَ فيثبتُ به الوجوب.

قوله: وَرَفْعًا لِلْمَعْصِيَةِ بِالْقَدْرِ المُمْكِنِ، المعصيةُ الإيقاعُ ولا يمكنُ رفعُهُ فيرفعُ أثره

الْعِدَّةُ وَدَفْعًا لِضَرَرِ تَطْوِيلِ العِدَّةِ.

قَالَ: (فَإِذَا طَهُرَتْ وَحَاضَتْ ثُمَّ طَهُرَتْ، فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا) قَالَ: (وَهٰكَذَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي الحَيْضَةَ الأُولَىٰ)، قَالَ أَبُو الحَسَنِ الكَرْخِيُّ: مَا ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَا ذَكَرَ فِي الأَصْلِ قَوْلُهُمَا، وَوَجْهُ المَذْكُورِ فِي الأَصْلِ أَنَّ السُّنَّةَ أَنْ يَفْصِلَ بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ بِحَيْضَةٍ وَالْفَاصِلُ هَاهُنَا بَعْضُ الحَيْضَةِ فَتَكْمُلُ بِالثَّانِيَةِ وَلَا تَتَجَزَّأُ فَتَتَكَامَلُ، وَجْهُ القَوْلِ الآخَرِ أَنَّ أَثَرَ الطَّلَاقِ قَدِ انْعَدَمَ بِالْمُرَاجَعَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُطَلِّقْهَا فِي الحَيْضِ فَيُسَنُّ تَطْلِيقُهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِيهِ.

حتى لا تتبيَّن بطلاقٍ محظورٍ.

قوله: وَوَجْهُ المَذْكُورِ فِي الأَصْلِ أَنَّ السُّنَّةَ أَنْ يَفْصِلَ بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ بِحَيْضَةٍ، فإن قيل: هذا خلافُ النصِّ لأنَّ النصَّ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ من السُّنَّة أن يستقبل الطهرَ استقبالاً» وهو غير مُتَعَرِّض طُهرًا طَلَّقَها في الحيض الذي قبله أو لم يُطَلِّقْها فيه، قلنا: الطُّهْر مع الحيض المتَّصل به فصلٌ واحدٌ من فصول العدَّة والطلاق في الحيض كالطلاق في الطُّهْر المُتَّصل به، فلو طلَّقها في الطُّهْر حقيقةً لم يكن له أن يُطَلِّقها في ذلك الطُّهْر ثانيًا علىٰ وجه السنة فكذلك إذا طلَّقها في الحيض المُتَّصِل به، ورُوِيَ في بعض الرِّوايَات أنَّه عليه الصلاة والسلام قال لعُمَر رضي الله عنه: «مُر ابنَكَ فَلْيُراجعها ثم لْيَدَعها حتَّىٰ تطهُر ثم تَحيضُ فتطهُر ثم يُطَلِّقُها» وفسَّر الطلاقَ السُّنِّي في الزيادات بأن يطلقها في طُهْرٍ خالٍ عن الجِمَاعِ والطلاقِ عقيبَ حيضٍ خالٍ عن الجماعِ والطلاقِ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الحَيْضِ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ»، وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهِيَ طَالِقٌ عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ تَطْلِيقَةً) ؛ لِأَنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ وَوَقْتُ السُّنَّةِ طُهْرٌ لَا جِمَاعَ فِيهِ (وَإِنْ نَوَىٰ أَنْ تَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ أَوْ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ شَهْرٍ وَاحِدَةٌ فَهُوَ عَلَىٰ مَا نَوَىٰ) سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حَالَةِ الحَيْضِ أَوْ فِي حَالَةِ الطُّهْرِ، وَقَالَ زُفَرُ: لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمْعِ لِأَنَّهُ بِدْعَةٌ وَهِيَ ضِدُّ السُّنَّةِ، وَلَنَا أَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظَهُ؛ لِأَنَّهُ سُنِّيٌّ وُقُوعًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ وُقُوعَهُ بِالسُّنَّةِ لَا إِيقَاعًا فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ مُطْلَقُ كَلَامِهِ وَيَنْتَظِمُهُ عِنْدَ نِيَّتِهِ (وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الأَشْهُرِ وَقَعَتِ السَّاعَةَ وَاحِدَةٌ وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَىٰ وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَىٰ) ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا دَلِيلُ الحَاجَةِ

قوله: وَإِنْ نَوَىٰ أَنْ تَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ، وقَعْنَ عندنا لما قلنا، وهو أنه محتملُ لفظه لأنه سُنِّيٌّ وقوعه من حيثُ أن وقوعه بالسُّنة لما رُوِيَ أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من طلَّق امرأته ألفًا بانت بثلاثٍ والباقي رُدَّ عليه»، فإن قيل: لمَّا كانت اللام هنا للوقت كان تقدير كلامه: أنتِ طالق ثلاثًا أوْقات السنة، فلو قال هكذا ثم نوىٰ إيقاع الثلاث جملة الساعة لا يصحُّ بل يقعُ مُتفرِّقات في ثلاثةِ أطْهَارٍ فيجبُ أن يكون ههنا كذلك، قلنا: الفرقُ بينهما أنَّ اللامَ ليسَ بصريحٍ في الوقت بل يحتملُه فيترجَّحُ جانبَ الوقت بذكر السنة ومطلق السنة ينصرفُ إلى الكامل وهو السنة وقوعًا وإيقاعًا فلذلكَ انصَرَفَ إليه عند عدم النية، وأمَّا جانِبُ احتمال أن لا يكون اللام للوقت فباقٍ فيترجَّحُ عند نيَّته أن تقع جملةً فكان ذكر السنة منصرفًا إلى نيته وقوعًا، وأمَّا عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنة فانصرف لذلك إلىٰ وقت السنة كاملاً وهو أن يكون وقوعًا وإيقاعًا وهو إنَّما يكونُ عند التَّفريقِ على الأطْهَار.

كَالطُّهْرِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا (وَإِنْ نَوَىٰ أَنْ يَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ وَقَعْنَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ) لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ «أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ» وَلَمْ يَنُصَّ عَلَى الثَّلَاثِ حَيْثُ لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمْعِ فِيهِ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ فِيهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ فَيُفِيدُ تَعْمِيمَ الوَقْتِ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ تَعْمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ، فَإِذَا نَوَى الجَمْعَ بَطَلَ تَعْمِيمُ الوَقْتِ فَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ.

قوله: فَإِذَا نَوَى الجَمْعَ بَطَلَ تَعْمِيمُ الوَقْتِ، لأنَّ عموم الوقت في الحال محالٌ والثلاثُ إنَّما تثبتُ في ضمن عموم الوقت فإذا بَطَل المُتَضَمِّن وهو قوله: للسُّنة، بقى قوله: أنتِ طالقٌ، وفيه لا تصحُّ نية الثلاث، فأمَّا إذا نصَّ على الثلاث وبَطَلَ قوله: للسنة بنية الثلاث في الساعة بقى قوله: أنتِ طالقٌ ثلاثًا، فتقعُ الثلاث، وفي الشافي: وفي الأصل تصحُّ لأن بنيته لا تبطل دلالة اللفظ على العدد فعند النية يصير المحتمل كالملفوظ، والله تعالى أعلمُ بالصواب.

* * *

فَصْلٌ
[مَنْ يَقَعُ طَلَاقـه ومَنْ لَا يَقَع]

(وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ إِذَا كَانَ عَاقِلًا بَالِغًا، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالنَّائِمِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ» وَلِأَنَّ الأَهْلِيَّةَ بِالْعَقْلِ المُمَيِّزِ وَهُمَا عَدِيمَا العَقْلِ وَالنَّائِمُ عَدِيمُ الِاخْتِيَارِ.

فصل
[من يقع طلاقه ومن لا يقع]

قوله: وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ، ولا ينتقضُ هذا بإلحاق البائن لأنَّ ذلك إثباتُ الثابت حتَّىٰ لو كان صريحًا يقعُ، ولأنه لم يقل: يقعُ كل طلاق كل زوجٍ، بل قال: يقعُ طلاق كل زوجٍ، وطلاقُ هذا الزوجِ ممَّا يقعُ في الجملة، بدليل وقوعه قبل ثبوت البَيْنُونة، ولأنه ليسَ بزوجٍ مطلقًا.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ»، المرادُ من الجواز هنا النفاذ كما في البيع وغيره، ونفاذُه إنَّما يكون بالوقوع ولم يُرِدْ بالجواز ضِدَّ الحرمة لأنه قال: إلا طلاقَ الصبيِّ والمجنون وفعلهما فيما يرجعُ إلى المعاملات لا يوصَفُ بالحرمة، لأنه لا يجري القلم عليهما بكتبة السيئة والحرمةُ باعتبارها فكان الجواز محمولاً على النفاذ وذلك بالوقوع.

قوله: وَهُمَا عَدِيمَا العَقْلِ، فإن قيل: هذا في المجنون مُسلَّم، وأمَّا الصبيُّ فيوصف بالعقل فيقال يصحُّ إسلام الصبيِّ العاقل؟ قلنا: لما لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتًا بعدُ لقيام الصِّبَا خصوصًا فيما يضرُّه، وهذا لأنَّ اعتبار القصد يبتني على الخطاب

(وَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَاقِعٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ إِنَّ الإِكْرَاهَ لَا يُجَامِعُ الِاخْتِيَارَ وَبِهِ يُعْتَبَرُ التَّصَرُّفُ الشَّرْعِيُّ، بِخِلَافِ الهَازِلِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّكَلُّمِ بِالطَّلَاقِ، وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَعْرَىٰ عَنْ قَضِيَّتِهِ دَفْعًا لِحَاجَتِهِ اعْتِبَارًا بِالطَّائِعِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّيْنِ وَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، وَهٰذَا آيَةُ القَصْدِ وَالِاخْتِيَارُ، إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ

ومبنى الخطاب على اعتدال الحال ولكن قدر ذلك العقل وإن لم يعتدل يصلحُ لتحقُّقِ ما هو حسنٌ لعينه بحيثُ لا يحتملُ القبحَ كالإيمان، وتحقيق ما هو قبيحٌ لعينه بحيثُ لا يحتمل الحسنَ كالردَّة لأنَّهما لا يحتملان الردَّةَ بعد تحقُّقِهما بحدِّهما لما يجيءُ إن شاء الله تعالىٰ، والعاقلُ من يستقيمُ كلامُه وأفعالُه وغيره نادرٌ، والمجنونُ ضدُّه، والمعتوهُ من يختلطُ كلامُه وأفعالُه فيكون هذا غالبًا مرَّةً وذا غالبًا مرَّةً.

قوله: هُوَ يَقُولُ إِنَّ الإِكْرَاهَ لَا يُجَامِعُ الِاخْتِيَارَ، وهذا لأنَّ المُكْرَه يقصدُ دفع الشرِّ عن نفسه لا عين ما يتكلَّمُ به وهو مُضْطَرٌّ إلى هذا القصد والاختيارُ مُفْسِدٌ فيُفسَد قصده شرعًا، ألا ترىٰ أنه لو أُكْرِهَ على الإقرار بالطَّلاق يلغو إقراره بخلاف الهازِل لأنه مُخْتَارٌ في السبب أي في التكلُّم بالطلاق.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ، هذا احترازٌ عن الإقرار بالطَّلاق مُكْرَهًا فإنه يلغو لأنَّ الإقرارَ خبَرٌ محتملٌ بين الصدق والكذب وقيامُ السيف علىٰ رأسه دليلٌ علىٰ أنه كاذبٌ فيه والمُخبرُ به إذا كان كذبًا فبالإخبار عنه لا يصيرُ صدقًا.

قوله: فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ، احترازٌ عن الصبي والمجنون.

قوله: فَلَا يَعْرَىٰ عَنْ قَضِيَّتِهِ، أي حُكمه.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّيْنِ وَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، هذا جوابٌ عن قوله: أنَّ الإكراه

رَاضٍ بِحُكْمِهِ وَذٰلِكَ غَيْرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالْهَازِلِ.

(وَطَلَاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ) وَاخْتِيَارُ الكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا يَقَعُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ القَصْدِ بِالْعَقْلِ وَهُوَ زَائِلُ العَقْلِ فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالْبَنْجِ وَالدَّوَاءِ، وَلَنَا أَنَّهُ زَالَ بِسَبَبٍ هُوَ مَعْصِيَةٌ

لا يُجامع الاختيار، وهذا لأنَّ ركن التصرُّف صدر من أهله مُضافًا إلىٰ محلِّه عن ولايَةٍ شرعيَّةٍ فوجب القولُ بالنفاذ كما في الطائع، ولا خفاءَ في المحلية والولاية الشرعية وكذا في الأهلية لأنَّ الأهليةَ تكونُ بالعقل والقصدُ الصحيح والاختيار وقد وُجد العقلُ وكذا القصدُ والاختيارُ لأنَّ بالإكراه لا يفوتُ القصدُ الصحيح فالمُكره يقصد ما بَاشَرَهُ ولكن لغيره وهو دفعُ الشرِّ عن نفسه لا لعينه، فهو كالهازل يقصد إلى التَّكَلُّم بالطلاق اللعب لا عينه والهزل لا يمنعُ وقوع الطلاق فكذا الإكراه وللمُكْرَه اختيارٌ صحيحٌ لأنه عَرَفَ الشرَّين من الهلاك والطلاق فاختار أَهْوَنَهُما وهو الطلاق، وهذا دليلُ صحَّةِ قصده واختياره إلَّا أنَّ الرضا فاتَ وفَوَاتُه لا يخلُّ بوقوع الطلاق كالهازل، فإن قيل: الاختيارُ في المُكرَه ناقصٌ لأنه يشوبه نوعُ اضطرار في التكلُّم به بخلاف الهازِل، قلنا: القصدُ والاختيارُ أمْرٌ مُبْطِنٌ فيُدار الحكمُ بوقوع الطلاق علىٰ إجرائه الكلمة التي يقعُ بِها الطلاق علىٰ لسانه، غاية ما في الباب أنه لولا الإكراه لما طَلَّق ولكن هذا القدرُ من النقصان في الاختيار غير مُخِلٍّ، كما إذا كان الحامِل له على الطلاق أمرًا آخر من سوء خلقها أو قبح فعلها فإنَّهما لا يُفَارِقان في أنَّ تطليقها للمفسدة الراجحة في بقاء النكاح لكن المَفْسدة الراجحة ههنا قبل المكره إيَّاه لولا التطليقُ وثمَّة أمرٌ آخر.

قوله: فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالْبَنْجِ، في مسئلة البنج تفصيلٌ، فإنه ذَكر عبد العزيز الترمذي رحمه الله تعالىٰ: سألتُ أبا حنيفةَ وسفيان الثوري رحمة الله تعالىٰ عليهما عن رجلٍ شَرِبَ

....

البنجَ فارتفعَ إلىٰ رأسه فطَلَّقَ امرأته، قال رحمه الله تعالىٰ: إن كان حين شَرِبَ يعلمُ أنه ما هُوَ تُطَلِّق امرأته، وإن كان حين شَرِبَ لم يعلم أنه ما هو لا تطلِّق امرأته، ولو شرب من الأشربة التي تتخذُ من الحبوب أو من العسل أو من الشهد وسَكِرَ وطَلَّق امرأته لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ خلافًا لمحمد رحمه الله تعالىٰ، وذكر في المبسوط: وحُجَّتنا ما روينا كل طلاقٍ جائزٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمعتوهِ، ولأنَّ السَّكْران مُخَاطَبٌ فإذا صادَفَ تصرُّفه محلَّه نفذ كالصاحي، وبيانُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أنَّ اللهَ تَعالَىٰ قال: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] فهذا إن كان خطابًا له في حال سكره فظاهرٌ وكذا إن كان خطابًا له قبل سكره، لأنه لا يقالُ للعاقل إذا جننتَ فلا تفعل كذا، ولأنَّ الخطاب إنما يتوجَّه باعتدال الحال وذا باطنٌ لا يُوقفُ عليه فأقيمَ السَّببُ الظاهرُ الدالُّ عليه وهو البلوغ عن عقل مقامَه تيسيرًا وبالسكر لم يَزَلْ هذا المعنى وغفلته عن نفسه بسببٍ هو معصية فلا يستحقُّ به التَّخفيفَ ولم يكن ذلك عذرًا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعد ما تقرَّر سببه، لأنَّ بالسكر لا يزولُ عقله ولكن عَجَزَ عن استعماله لغلبة السُّرور عليه، ولئن زَالَ فهو حاصلٌ بسبب هو معصية فلم يُؤثِّر في إسْقاط ما بُنِي على التكليف بل يُجعل باقيًا حكمًا زجرًا وتنكيلاً، ألا ترىٰ أنه أُلْحِقَ بالصَّاحي في حقِّ وجوب القصاص والحدِّ حتى لو قَتَلَ إنسانًا أو قَذَفَه في هذه الحالة يجب عليه الحدُّ والقصاص فلأَن يُلْحَق بالصاحي فيما لا يسقطُ بالشُّبْهة أَوْلىٰ، بخلاف البَنْج فإن غفلته ليست بسببٍ هو معصية وما يعتد به نوعُ مرضٍ فلا يكون سكرًا حقيقةً وكان كالإغماء.

وجعل الإمامُ المحقق فخر الإسلام رحمه الله تعالى السكر علىٰ نوعين: مباحٌ ومحظورٌ، ثم رتَّب هذه الأحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون المباح، وجعل السكر من المباح بمنزلة الإغماء في حقِّ وقوع الطلاق والعتاق، ثم قال: أمَّا السُّكر المباحُ فمثلُ من أُكرِه علىٰ شرب الخمر بالقتل فإنه يحلُّ له ذلك، وكذلك

فَجُعِلَ بَاقِيًا حُكْمًا زَجْرًا لَهُ، حَتَّىٰ لَوْ شَرِبَ فَصُدِعَ وَزَالَ عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ إِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ.

(وَطَلَاقُ الأَخْرَسِ وَاقِعٌ بِالْإِشَارَةِ) ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَعْهُودَةً فَأُقِيمَتْ مَقَامَ العِبَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَسَتَأْتِيكَ وُجُوهُهُ فِي آخِرِ الكِتَابِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَطَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا، وَطَلَاقُ الحُرَّةِ ثَلَاثٌ حُرًّا

المُضْطَرُّ إذا شَرِبَ منها ما يرد به العطش فسكر به، وأمَّا السكر المحظور فهو السكر من كل شراب مُحَرَّمٍ، وذكر الإمام أبو الفضل الكرمانِي رحمه الله تعالى في الإيضاح: ولو أُكْرِهَ على الشرب أو شَرِبَ الخمر عند الضرورة فسكر فإنَّ طلاقه واقعٌ لأنَّ زوالَ العقل حصل بفعلٍ هو محظورٌ في الأصل فإنَّ حظرَ الفعل وإن زال بعارض الإكراه لكن السببَ الدَّاعي إلى الحظر قائمٌ فأثَّرَ قيام السبب في حقِّ الطلاق، فإن قيل: زوالُ العقل إذا كان بسبب المعصية جُعِلَ العقل باقيًا زجرًا له فلِمَ لم يجعل الإقامة باقية في حقِّ المسافر العاصي حتى لا يترخَّصُ برخصة المسافر زجرًا له، قلنا: الرخصةُ مُعَلَّقةٌ بالسفر ولا معصيةَ فيه فلا يجعلُ في حكم العدم لمعنًى جاوره وهو خبثُ باطنه، وهذا لأنَّ زوال الإقامة ليس بالمعصية ليجعل الإقامة باقيةً حكمًا زجرًا له، وههنا زوالُ العقل بالمعصية فيجعل باقيًا تقديرًا زجرًا له.

قوله: حَتَّىٰ لَوْ شَرِبَ فَصُدِعَ وَزَالَ عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ إِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ، فإن قيل: الصداعُ حَصَلَ بالخمر فيضافُ السكر إليها بواسطته كما في شِرَاء القريب، قلنا: الخمرُ ليست بموضوعةٍ للصُّداع والشراء موضوعٌ للملك فافترَقا.

قوله: وَطَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ، وهو قولُ عليٍّ وابن مسعود رضي الله عنهما، وما قاله الشافعيُّ رحمه الله تعالىٰ قولُ عُمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما، وأمَّا عبد الله بن

كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: عَدَدُ الطَّلَاقِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الرِّجَالِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ» وَلِأَنَّ صِفَةَ المَالِكِيَّةِ كَرَامَةٌ وَالْآدَمِيَّةُ مُسْتَدْعِيَةٌ لَهَا، وَمَعْنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكْمَلُ فَكَانَتْ مَالِكِيَّتُهُ أَبْلَغَ وَأَكْثَرَ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ» وَلِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ نِعْمَةٌ فِي حَقِّهَا،

عُمر رضي الله عنهما فيَعْتَبِرُ بمن رقَّ منهما حتى لا يملكَ عليها ثلاثَ تطليقاتٍ إلَّا إذا كانا حرَّين، كذا في المبسوط.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»، فوجه التمسُّك به أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام قابلَ الطلاقَ بالعدَّة علىٰ وجهٍ يختصُّ كل واحد منهما بجنسٍ على حدةٍ، ثم اعتبارُ العِدَّة بالنساء بالإجماع من حيثُ القدر فيجبُ أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقًا للمقابلة.

قوله: وَمَعْنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكْمَلُ، بدليل شهادة الأحكام لأنَّ الحرَّ يصلحُ للقضاء والشهادة والولاية، وإذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لأنَّه هو المالكُ والمالكية من معنى الآدميَّة أيضًا، وذلك فيما قلتُه بأنه يملكُ الثلاثَ إذا كان حُرًّا ويملك الثنتين إذا كان عبدًا، ولنا قولُهُ عليه الصلاة والسلام: «طلاقُ الأمةِ ثِنْتَان» ذكرها مُحَلَّاةً بالألف واللام فيتناولُ الجنسَ فيكون طلاقُ الأمة التي تحت حُرٍّ ثنتين.

قوله: وَلِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ نِعْمَةٌ، هذا ردٌّ لتعليل الخصم في موضع الإثبات فإنَّه يقول حلُّ المحلية إشارةٌ إلى تَمْهيد المحلِّ لإثبات الملكِ فيه بالعقد وذلك ليسَ من الكرامة بل هو مُشْعِرٌ بنُقصان حال المحلِّ فلم يُؤَثِّرْ رقُّها في تنصيف الحلِّ، وإنا نقول: الحلُّ نعمة وكرامة من الجانبين جميعًا، قال الله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة:

وَلِلرِّقِّ أَثَرٌ فِي تَنْصِيفِ النِّعَمِ إِلَّا أَنَّ العُقْدَةَ لَا تَتَجَزَّأُ فَتَكَامَلَتْ عُقْدَتَانِ، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّ الإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ امْرَأَةً بِإِذْنِ مَوْلَاهُ وَطَلَّقَهَا وَقَعَ طَلَاقُهُ وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَوْلَاهُ عَلَى امْرَأَتِهِ) ؛ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبْدِ فَيَكُونُ الإِسْقَاطُ إِلَيْهِ دُونَ المَوْلَىٰ.

١] فسوَّىٰ بينهما في موضع النفي فكذا في موضع الإثبات، وهذا لأنَّ عقد النكاح من باب مصالح وضعًا من الجانبين فثبوتُ المِلك عليها ما كان مقصودًا ولكن لتحقيق ما هو المقصود وهو حلُّ المحلية، ألا ترىٰ أنَّ من كان أبْعَدَ عن الإسلام لم يثبت في حقّه حل المحلية كالمجوسية، وتأويل ما رُوِي وهو قوله عليه الصلاة والسَّلام: «الطلاقُ بالرجال» قيل إنه كلامُ زيدٍ رضي الله عنه لا يثبت مرفوعًا إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام، وأمَّا قوله: ومعنى الآدمية في الحرِّ أكْمَلُ فكانت مالكيَّته أبْلَغَ وأكْثَرَ، قلنا: إنَّ الحجرَ يثبتُ مرَّةً بأحْوال المالكِ مع قيام أصل الملك كما في الصبيِّ والمجنون ومرَّةً يثبتُ بمعنًى في المحل بأن لا يقبل التصرُّف كالعصير يتخمَّرُ والعبد يأبَقُ، وههنا المرأة محلُّ هذا العقد فيقعُ الاختلال في التصرف بسبب اختِلَال المحلِّ لما أنَّ حِلَّ المحل يَخْتَلُّ بالرقِّ علىٰ ما مرَّ.

قوله: لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبْدِ، وهذا لأنَّ النكاحَ من خواصِّ الآدميَّةِ والعبدُ مبقًى على أصل الحريَّة فيها، فعلىٰ هذا يجب أن يملك العبد النكاحَ بدون إذن المولىٰ لكن لو قلنا به يَتَضَرَّرُ المولىٰ فلذلك لم يملك بدون إذْنِ المولىٰ، والله تعالى أعلمُ بالصواب.

***

بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ

(الطَّلَاقُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ، فَالصَّرِيحُ قَوْلُهُ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكِ» فَهَٰذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ) لِأَنَّ هَٰذِهِ الأَلْفَاظَ تُسْتَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ وَلَا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ فَكَانَ صَرِيحًا وَأَنَّهُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ بِالنَّصِّ (وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ) لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ لِغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ،

باب إيقاع الطلاق

قوله: وَأَنَّهُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ بِالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فهذا الآية تدلُّ على أنَّ الطلاقَ الرجعيَّ لا يرفعُ الزوجيةَ ولا يُبْطِلُها فإنَّ الله تعالىٰ سَمَّاه بعلاً بعد الطلاق وهو الزوجُ، فإن قيل: أليسَ أنَّ اللهَ تعالىٰ قال: ﴿أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ وإنما يُستعمل الردُّ فيما زالَ عنه ملكه، وأمَّا ما هُو في حكم ملكه لا يصحُّ أن يُقال ردَّها إلىٰ ملكه، قلنا: يجوز إطلاقُ اسم الردِّ عند انعقاد سبب زَوال الملك فيكون الردُّ بمعنى المنع للسب عن إثبات الزوال فيكون فسخًا للسَّبب فإن اسم الردِّ كما يُطلق لفسخ السبب والحكم جميعًا يُطلق لفسخ السبب، كما إذا اشترىٰ جاريةً فوَجَدَ بِها عيبًا ففَسَخَ، يُقال: ردَّ الجاريةَ بالعيب، ففيه فسخ السبب والحكم جميعًا، وإذا اشترىٰ على أنَّهُما بالخيار لم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق ثمَّ إذا فسخها يُقال: ردَّ الجارية، ففيه فسخ السبب لا غيرُ، فإن قيل: لا يخلو عن أحد المجازين لأنَّ الردَّ لو كان علىٰ حقيقته وهو الردُّ بالنكاح الجديد كان اسم البعل مجازًا ولو كان البعل على حقيقته كان الردُّ مجازًا فلم يرجِّح جعل جانب الردِّ مجازًا، قلنا: لما أنَّ البَعْل في اللغة اسمٌ للزوج حقيقةً والحقيقة

(وَكَذَا إِذَا نَوَى) الإِبَانَةَ لِأَنَّهُ قَصَدَ تَنْجِيزَ مَا عَلَّقَهُ الشَّرْعُ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، (وَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ عَنْ وِثَاقٍ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَيَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ) لِأَنَّهُ نَوَىٰ مَا يَحْتَمِلُهُ.

(وَلَوْ نَوَىٰ بِهِ الطَّلَاقَ عَنِ العَمَلِ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لِرَفْعِ القَيْدِ وَهِيَ غَيْرُ مُقَيَّدَةٍ بِالْعَمَلِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ لِأَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ لِلتَّخْلِيصِ، (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ مُطْلَقَةٌ) بِتَسْكِينِ الطَّاءِ (لَا يَكُونُ طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَعْمَلَةٍ فِيهِ عُرْفًا فَلَمْ يَكُنْ صَرِيحًا.

قَالَ: (وَلَا يَقَعُ بِهِ إِلَّا وَاحِدَةٌ وَإِنْ نَوَىٰ أَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:

لا تُتْرُك إلا بالدليل، وأمَّا لفظ الردِّ فيُسْتَعمل في الوجهين اللذين ذَكرهما، ولأنه جعل الردَّ إلى الأزواج والردُّ إذا كان بسبب النكاح لا يكون هو أحقُّ منها.

قوله: وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِبَانَةَ، هذا عطفٌ على قوله: فَهٰذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ، يعني يقعُ به الطلاق الرجعي وإن نوى الإبانةَ.

قوله: فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، لأنه استعجلَ ما أَخَّرَهُ الشرع فيُجازىٰ بالردِّ، كما في قتل المورثِ جُوزِيَ بالحرمان، وكما في قصد من عليه السهوُ بتسليمهِ قطعَ الصلاة ردُّ قصدِه عليه.

قوله: وَلَوْ نَوَىٰ بِهِ الطَّلَاقَ عَنِ العَمَلِ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ، ولو قال: أنتِ طالقٌ من عملٍ كذا وقعَ به الطلاقُ قضاءً لا فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكل ما لا يدينه القاضي فيه فكذلك المرأةُ إذا سَمِعَت منه أو شَهِدَ به عندها شاهدٌ عدلٌ لا يَسَعَها أن يُدَيِّنَه لأنَّها لا يُعرف منه إلَّا الظاهرَ كالقاضي، كذا في المبسوط.

يَقَعُ مَا نَوَىٰ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظَهُ، فَإِنَّ ذِكْرَ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِلطَّلَاقِ لُغَةً كَذِكْرِ الْعَالِمِ ذِكْرٌ لِلْعِلْمِ وَلِهَٰذَا يَصِحُّ قِرَانُ الْعَدَدِ بِهِ فَيَكُونَ نَصْبًا عَلَى التَّمْيِيزِ، وَلَنَا أَنَّهُ نَعْتٌ فَرْدٌ حَتَّىٰ قِيلَ لِلْمُثَنَّىٰ طَالِقَانِ وَلِلثَّلَاثِ طَوَالِقُ فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَدَدَ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ، وَذِكْرُ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِطَلَاقٍ هُوَ صِفَةٌ لِلْمَرْأَةِ لَا لِطَلَاقٍ هُوَ تَطْلِيقٌ، وَالْعَدَدُ الَّذِي يُقْرَنُ بِهِ نَعْتٌ لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا

قوله: وَذِكْرُ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِطَلَاقٍ هُوَ صِفَةٌ لِلْمَرْأَةِ لَا لِطَلَاقٍ هُوَ تَطْلِيقٌ، وحاصله أنَّ ذكر النعت يقتضي وصفًا ثابتًا للموصوف لغةً، كذكر العالِم هو ذكرٌ لعِلْمٍ قامَ بالموصوف لا بالواصف، وكذلكَ في قولنا: جالسٌ وقائمٌ، وإذا كان كذلك فنيَّة العَدَد إنَّما تعملُ في الطلاق الذي هو فعلُ الرجل إذا كان محتملاً لنية العدَدِ، فلمَّا كان هذا نعتًا للمرأة ولم يكن الطلاق ثابتًا بِها قبل هذا كانَ نعته إيَّاها بذلك كذبًا محضًا في مخرجه لغةً، كما إذا قلتَ لرجل قائمٍ: أنه جالسٌ أو على العكس، لكن أثْبَت طلاق بِها شرعًا لا لغةً قُبيل قوله: أنتِ طالقٌ، لضرورة تصحيح وصف الواصف به وذلك ثابتٌ اقتضاءً ولا عمومَ للمقتَضَى عندنا لأنَّ ثبوته لتَصْحِيح الكلام لِمَا أنَّ الثابت بطريق الضرورة يثبتُ على حسب ثبوت الضرورة لا ما وراءه، والضرورةُ تندفعُ بالواحدة فلما لم يثبت الطلاق فيما وراءه لا لغةً ولا شرعًا كانت نيةُ الثلاث أو الثنتين مصادفةً للعدم فلا يثبتُ إلا بمجرَّد النية ولايقعُ بالنية شيءٌ إذا لم يكن اللَّفظ محتملاً لها، وكذلك قوله: طلقتكِ أو أنتِ مطلَّقة، فلا وجه لتصحيحه إلا أن يَجعل الطلاق ثابتًا قبل إخباره بِهذا لضرورة تصحيح إخباره فكان هذا ثابتًا شرعًا أيضًا بطريق الاقتضاء فلا يعملُ نية الثنتين أو الثلاث لما قلنا، بخلاف قوله: طَلِّقي، لأنَّ ثبوت التطليق هناكَ ليسَ علىٰ طريق الاقتضاء لأنه لا ضرورةَ لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورةً، لِمَا أنه للطلب لا للإخبار فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه في الإخبار.

كَقَوْلِك أَعْطَيْتُهُ جَزِيلًا: أَيْ عَطَاءً جَزِيلًا.

(وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ الطَّلَاقُ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَىٰ وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ نَوَىٰ ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ) وَوُقُوعُ الطَّلَاقِ بِاللَّفْظَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ لَوْ ذَكَرَ النَّعْتَ وَحْدَهُ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ، فَإِذَا ذَكَرَهُ وَذَكَرَ الْمَصْدَرَ مَعَهُ - وَأَنَّهُ يَزِيدُهُ وَكَادَةً - أَوْلَىٰ.

وَأَمَّا وُقُوعُهُ بِاللَّفْظَةِ الْأُولَىٰ فَلِأَنَّ الْمَصْدَرَ قَدْ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الِاسْمُ، يُقَالُ: رَجُلٌ عَدْلٌ: أَيْ عَادِلٌ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَىٰ هٰذَا لَوْ قَالَ: «أَنْتِ طَلَاقٌ» يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ أَيْضًا وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَيَكُونُ رَجْعِيًّا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَرِيحُ الطَّلَاقِ لِغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ فِيهِ، وَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْمَصْدَرَ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْكَثْرَةَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ فَيُعْتَبَرُ بِسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ فَيَتَنَاوَلُ الْأَدْنَىٰ مَعَ احْتِمَالِ الْكُلِّ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ

قوله: لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ فَيُعْتَبَرُ بِسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ، كما لو حَلَفَ أن لا يشربَ الماءَ فإنه لو نوىٰ جميعَ المياه يصحُّ وإن لم ينو شيئًا ينصرفُ إلىٰ أدنىٰ ما يُطلق عليه الاسم وإن نوىٰ قدحًا أو قدَحين لا يصحُّ، وهذا لأنَّ معنى التَّوَحُّد مُرَاعًى في ألفاظ الوحدان وذا بالفرديَّة لتوحُّدها حقيقةً وحكمًا أو الجنسية لتفرُّدِها حكمًا لأنكَ لو عددْتَ الأَجْنَاسَ كان هذا بأجزائه واحدًا وليست بفردٍ حقيقةً إذ هِيَ أجزاءٌ متعدِّدةٌ فصار هذا الاسم الفرد واقعًا على الكلِّ بصفة أنه واحدٌ، ولمَّا كان الأدنىٰ فردًا حقيقةً وحالاً كان أَوْلىٰ بالاسم الفَرد عند الإطلاق والآخر محتملًا والمُثَنَّىٰ ليس بفَرْدٍ حقيقةً وحالاً فلا يتناولُهُ الفرد حتَّىٰ

فِيهَا خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَقُولُ: إنَّ الثِّنْتَيْنِ بَعْضُ الثَّلَاثِ فَلَمَّا صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّلَاثِ صَحَّتْ نِيَّةُ بَعْضِهَا ضَرُورَةً، وَنَحْنُ نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلَاثِ إنَّمَا صَحَّتْ لِكَوْنِهَا جِنْسًا، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتِ المَرْأَةُ أَمَةً تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الجِنْسِيَّةِ، أَمَّا الثِّنْتَانِ فِي حَقِّ الحُرَّةِ فَعَدَدٌ، وَاللَّفْظُ لَا يَحْتَمِلُ العَدَدَ وَهٰذَا لِأَنَّ مَعْنَى التَّوَحُّدِ يُرَاعَىٰ فِي أَلْفَاظِ الوُحْدَانِ وَذٰلِكَ بِالْفَرْدِيَّةِ أَوِ الجِنْسِيَّةِ وَالْمَثْنَىٰ بِمَعْزِلٍ مِنْهُمَا.

(وَلَوْ قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ» فَقَالَ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِي

لو كانت المنكوحةُ أمةً تصحُّ نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية، فإن قيل: لمَّا أُقِيمَ قوله: أنتِ الطلاقُ، مقامَ: أنتِ طالقٌ، وفي قوله: أنْتِ طالِقٌ، لا تصحُّ نية الثلاث فينبغي أن لا يقع بقوله: أنتِ الطلاقُ، الثلاثُ وإن نوىٰ كما في قوله: أنْتِ طالِقٌ، قلنا: لا تصحُّ نية الثلاث في قوله: أنْتِ طالقٌ، لأنَّ ذلك نعتٌ فردٌ من كلِّ وجهٍ فلا يحتملُ العددَ كما ذكرنا، وأمَّا الطلاقُ فمصدرٌ في أصله وإن وَصَف به فلَمَح فيه جانب المصدرية فلذلك خَالَف لقوله: أنتِ طالقٌ في صحَّة نية الثلاث، أو نقول: إنَّما صحَّ نية الثلاث في قوله: أنتِ طلاقٌ، لأنَّ معنىٰ قوله: أنتِ طلاقٌ، ذات طلاقٍ، على حذف المضاف، لا أن يكون طلاقٌ بمعنى طالقٍ، إلا أنَّ قولنا ذاتَ طلاقٍ وطالِقٌ واحدٌ في المعنى، فلذلك قيل: أنه بمعنىٰ طالقٍ فصحَّ نية الثلاث في قوله: أنتِ طلاقٌ، دون قوله: أنتِ طالقٌ، وفي المبسوط: لو قال أنتِ الطلاقُ فمعناه: أنْتِ طالِقٌ الطلاقِ حتَّىٰ صحَّ فيه نية الثلاث.

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ، وقال عنيتُ بقولي: طالقٌ واحدةً، وبقولي: الطلاقَ أُخرىٰ يُصَدَّقُ، لأنَّ كل واحدة تصلحُ للإيقاع بإضمارِ أنتِ، فصارَ كقوله: أنْتِ طالقٌ أنْتِ الطلاقُ فتقعُ رجعيَّتان إن كان مدخولاً بِها وإلَّا لَغَا الكلامُ الثاني ولا يقعُ.

الطَّلَاقَ أُخْرَىٰ يُصَدَّقُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِلْإِيقَاعِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَتَقَعُ رَجْعِيَّتَانِ إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا.

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَىٰ جُمْلَتِهَا أَوْ إِلَىٰ مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ أُضِيفَ إِلَىٰ مَحِلِّهِ، وَذٰلِكَ (مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَنْتِ طَالِقٌ) لِأَنَّ التَّاءَ ضَمِيرُ المَرْأَةِ (أَوْ) يَقُولَ (رَقَبَتُكِ طَالِقٌ أَوْ عُنُقُكِ) طَالِقٌ أَوْ رَأْسُكِ طَالِقٌ (أَوْ رُوحُكِ أَوْ بَدَنُكِ أَوْ جَسَدُكِ أَوْ فَرْجُكِ أَوْ وَجْهُكِ) لِأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ، أَمَّا الجَسَدُ وَالْبَدَنُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا غَيْرُهُمَا، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] وَقَالَ: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤] وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَعَنَ اللهُ الفُرُوجَ عَلَى السُّرُوجِ» وَيُقَالُ: فُلَانٌ رَأْسُ القَوْمِ، وَيَا وَجْهَ العَرَبِ، وَهَلَكَ رُوحُهُ بِمَعْنَىٰ نَفْسُهُ، وَمِنْ هٰذَا القَبِيلِ الدَّمُ فِي رِوَايَةٍ يُقَالُ: دَمُهُ هَدَرٌ، وَمِنْهُ النَّفْسُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَكَذٰلِكَ إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ نِصْفُكِ أَوْ ثُلُثُكِ) طَالِقٌ لِأَنَّ الشَّائِعَ مَحَلٌّ لِسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ فَكَذَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ فَيَثْبُتَ فِي الكُلِّ ضَرُورَةً (وَلَوْ قَالَ: يَدُكِ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُكِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الخِلَافُ فِي كُلِّ جُزْءٍ

قوله: وَلَوْ قَالَ: يَدُكِ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُكِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: يَقَعُ، لَهُما أنه جزءٌ مُسْتَمْتَعٌ بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلًا

مُعَيَّنٍ لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ، لَهُمَا أَنَّهُ جُزْءٌ مُسْتَمْتَعٌ بِعَقْدِ النِّكَاحِ وَمَا هٰذَا حَالُهُ يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ فَيَكُونَ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ فَيَثْبُتَ الحُكْمُ فِيهِ قَضِيَّةً لِلْإِضَافَةِ ثُمَّ يَسْرِي إِلَى الكُلِّ كَمَا فِي الجُزْءِ الشَّائِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ النِّكَاحُ لِأَنَّ التَّعَدِّيَ مُمْتَنِعٌ إِذِ الحُرْمَةُ فِي

لحكم النكاح فيكون محلًّا للطلاق، لأنَّ الطلاقَ لرفع حكم النكاح فيكون محله ما هو محلُّ حكم النكاح، ولا يلزمُ أنه لا تصحُّ إضافة النكاح إليه ولو كان محلًّا لصحَّت لأنه مع قيام المحلية لا تصحُّ إضافة النكاح إليه، لأنَّ التعدي إلىٰ سائر الأجزاء غير ممكنٌ لأنَّ قيامَ الحرمة في سائر الأجزاء منع من تَعَدِّي الحِلِّ إليها إذ الحرمةُ تغلبُ الحلَّ، وفيما نحنُ فيه استقامت التعدية إلىٰ سائر الأجزاءِ تغليبًا للحُرمة على الحلِّ، ولنا أنه أضَافَ الطلاق إلىٰ غير محله فيلغوا، وهذا لأنَّ الطلاقَ وُضِعَ لرفع القيد فيكون محله ما يكون فيه القيدُ وليس في اليد قيدٌ، ولهذا صحَّ النكاحُ والطلاقُ وإن لم يكن لها يُدٌّ، ولو أَضَاَف النكاح إليه لا يصحُّ، بخلاف الجُزء الشائع لأنه صحَّ إضافة النكاح إليه عندنا فيكون محلاً للنكاح فيكون محلاً للطلاق، والتعدِّي من محل أُضيفَ إليه التصرُّف إلىٰ محلٍّ آخر إنما يستقيمُ إن لو صَلَحَ المحلُ الذي أُضيفَ إليه التصرُّف مُسْتَتْبِعًا للجزء الذي لم يُضف إليه التصرُّف، وإنَّما يصلحُ مُسْتَتْبِعًا له إن لو كان أصلاً بنفسه فيَسْتَتْبِعُ غيرَه في الحكم والجزءُ الشائعُ أصلٌ بنفسه إذ لا وجودَ للمحلِّ بدونه فجازَ أن يَسْتَتْبِعَ جزءًا مثلَه في الحكم تصحيحًا لتصرُّفه إتباعًا للبعض الذي لم يثبت الحكم فيه لعدم الدليل للبعض الذي يثبتُ الحكم فيه بالدليل، وأمَّا الجزء المُعيَّن فتابعٌ في نفسه في حقِّ محليَّة الحكم علىٰ معنى أنه يتصوَّر وجود المحلِّ ووجود حُكم التصرُّف بدونه، فلو قلنا بالاستِتْبَاع لأدَّىٰ إلىٰ جعل الأصل تابِعًا لتَابِعِه وجعلِ التَّابِع أصلاً لأصله وهو باطلٌ، ولا تُقاسُ اليدُ على الرأس لأنَّ الوقوعَ ثمَّة لا بإضافة الطلاق إلى الرأسِ، حتَّى لو قال: الرأسُ منكِ طالِقٌ لا تُطلق، ولكن باعتبار

سَائِرِ الأَجْزَاءِ تُغَلِّبُ الحِلَّ فِي هٰذَا الجُزْءِ وَفِي الطَّلَاقِ الأَمْرُ عَلَى القَلْبِ، وَلَنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَىٰ غَيْرِ مَحِلِّهِ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَىٰ رِيقِهَا أَوْ ظُفُرِهَا، وَهٰذَا لِأَنَّ مَحَلَّ الطَّلَاقِ مَا يَكُونُ فِيهِ القَيْدُ لِأَنَّهُ يُنْبِئُ عَنْ رَفْعِ القَيْدِ وَلَا قَيْدَ فِي اليَدِ وَلِهٰذَا لَا تَصِحُّ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الجُزْءِ الشَّائِعِ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلنِّكَاحِ عِنْدَنَا حَتَّىٰ تَصِحَّ إِضَافَتُهُ إِلَيْهِ فَكَذَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ، وَاخْتَلَفُوا فِي الظَّهْرِ وَالْبَطْنِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَهَا كَانَتْ طَالِقًا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ الكُلِّ، وَكَذَا الجَوَابُ

أنَّ الرأسَ يُعَبَّرُ به عن البدن كما مرَّ حتَّىٰ لو عُبِّر باليد عن البدن عند قوم يقعُ الطلاق بإضافته إلى اليد، كذا في المبسوط، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذتَ» على حذف المضاف أي: علىٰ صاحب اليد، إلا أنَّ اليدَ لما كانت آلةُ الأخذ أُضيفَ إليها، وذكر في الأسرار: أرَادَ النبيُّ عليه الصلاة والسلام بذكر اليد صاحبها، وعندنا متىٰ قال الزوج: أردتُ إضمارَ صاحبَها، طُلِّقَت، ولأنَّه يجوز أن تكون اليدُ هناك عبارةً عن الكلِّ مقرونًا بالأخذ لأنَّ الأخذَ باليدِ يكونُ فلا يكونُ كذلك مقرونًا بالطلاق.

قوله: وَاخْتَلَفُوا فِي الظَّهْرِ وَالْبَطْنِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، أي لا يقعُ الطلاقُ حتى لو قال: ظَهْرُكِ عليَّ كظهر أُمِّي، أو: بَطْنُكِ عليَّ كبطن أُمِّي، لا يكون مظاهرًا.

قوله: وَذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ الكُلِّ، صيانةً لكلام العاقل عن الإلْغاء وتغليبًا للمُحَرَّمِ على المُبِيح وإعْمَالاً للدليل بالقدر الممكن لأنَّه إذا قامَ الدليلَ على البعض وهو

فِي كُلِّ جُزْءٍ سَمَّاهُ لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا) لِأَنَّ نِصْفَ التَّطْلِيقَتَيْنِ تَطْلِيقَةٌ، فَإِذَا جَمَعَ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَنْصَافٍ تَكُونُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ ضَرُورَةً، (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ، قِيلَ: يَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ) لِأَنَّهَا طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ فَيَتَكَامَلُ، وَقِيلَ: يَقَعُ ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ لِأَنَّ كُلَّ نِصْفٍ يَتَكَامَلُ فِي نَفْسِهِ فَتَصِيرَ ثَلَاثًا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَىٰ ثِنْتَيْنِ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلَىٰ ثِنْتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَىٰ ثَلَاثٍ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلَىٰ ثَلَاثٍ فَهِيَ ثِنْتَانِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ فِي الأُولَىٰ هِيَ ثِنْتَانِ وَفِي الثَّانِيَةِ ثَلَاثٌ) وَقَالَ زُفَرُ: فِي الأُولَىٰ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ القِيَاسُ لِأَنَّ الغَايَةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ المَضْرُوبِ لَهُ الغَايَةُ، كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُ مِنْكَ مِنْ هٰذَا الحَائِطِ إِلَىٰ هٰذَا الحَائِطِ، وَجْهُ قَوْلِهِمَا - وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ - أَنَّ مِثْلَ هٰذَا الكَلَامِ مَتَىٰ ذُكِرَ فِي العُرْفِ يُرَادُ بِهِ الكُلُّ، كَمَا تَقُولُ لِغَيْرِك: خُذْ مِنْ مَالِي مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ مِائَةٍ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُرَادَ بِهِ الأَكْثَرُ مِنَ الأَقَلِّ وَالْأَقَلُّ مِنَ الأَكْثَرِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ

ممَّا لا يتجزَّىٰ لو لم يُتَكَامَلْ يُؤَدِّي إلى إبْطال الدليل.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: فِي الأُولَىٰ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، وقد حاجَّ الأصمعيُّ في هذه المسئلة عند باب الرشيد فقال له الأصمعيُّ: ما قولكَ في رجلٍ قيل له كم سنُّكَ؟ فقال: ما بين سِتِّين إلىٰ سبعين، أيكونُ ابن تسع سنينَ؟ فتحيَّر زُفرُ رحمة الله تعالىٰ عليه وقال:

سِنِّي مِنْ سِتِّينَ إِلَىٰ سَبْعِينَ وَمَا بَيْنَ سِتِّينَ إِلَىٰ سَبْعِينَ وَيُرِيدُونَ بِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِرَادَةُ الكُلِّ فِيمَا طَرِيقُهُ طَرِيقُ الإِبَاحَةِ كَمَا ذُكِرَ، إِذِ الأَصْلُ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظْرُ، ثُمَّ الغَايَةُ الأُولَىٰ لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لِيَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ، وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ الغَايَةَ فِيهِ مَوْجُودَةٌ قَبْلَ البَيْعِ، وَلَوْ نَوَىٰ وَاحِدَةً يَدِينُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ لٰكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

أستحسن في مثل هذا، كذا ذكره فخر الإسلام رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: ثُمَّ الغَايَةُ الأُولَىٰ لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لِيَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ، لأنه أَوْقَعَ الثانيةَ ولا ثَانيةَ قبل الأوْلىٰ، ولا بُدَّ للكلام من الابتداء فإذا لم يوقع الأولىٰ كما قال زُفر رحمه الله تعالى تصير الثانية ابتداءً فلا يمكن إيقاعُها أيضًا فلأجْل هذه الضرورة أدخلت الغاية الأولىٰ ولا ضرورةَ في الغاية الثانية فأخَذْنا فيها بالقياس كما قال زفر رحمه الله تعالىٰ، وحاصله أنه لمَّا لم يتصوَّر وقوع الثانية إلا بعد وقوع الأولىٰ أوقَعْنا الأولىٰ، وهذا المعنى لا يُوجد في الغاية الأخيرة لأنه يتصوَّر وقوع الثانية بدون الثالثة، فإن قيل: أليسَ أنه لو قال لها: أنتِ طالقٌ تطليقةً ثانيةً، لم يقع إلَّا واحدةً، ولا يُقال من ضرورة وقوع الثانية وقوع الأولى، قلنا: لأنَّ قوله ثانيةً صار لغوًا هناك وقوله هٰهنا من واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ كلام مُعتبَر في إيقاع الثانية ولا يتحقَّقُ ذلك إلابعد إيقاع الأولىٰ، فإن قيل: فعلىٰ قول زفر رحمه الله تعالى إذا قال: أنتِ طالقٌ من واحدةٍ إلىٰ واحدةٍ ينبغي أن لا يقع شيء لأنه ليسَ بين الحدَّين شيءٌ، قلنا: قال بعض المتأخرين: ينبغي أن يكون هكذا على قياس مذهبه، والأصحُّ أنه تقعُ تطليقةٌ واحدةٌ لأنَّ آخر كلامه لغوٌ باعتبار أنه جعلَ الشيءَ حدًّا ومحدودًا وذلك لا يتصوَّرُ، فإذا لغا آخر كلامه يبقىٰ قوله أنتِ طالقٌ، كذا في الجامع الصغير لشمس

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ ثِنْتَانِ لِعُرْفِ الحِسَابِ، وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ، وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ أَثَرُهُ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لَا فِي زِيَادَةِ المَضْرُوبِ، وَتَكْثِيرُ أَجْزَاءِ الطَّلْقَةِ لَا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا (فَإِنْ نَوَىٰ وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ فَإِنَّ حَرْفَ الوَاوِ لِلْجَمْعِ وَالظَّرْفَ يَجْمَعُ المَظْرُوفَ، وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا تَقَعُ وَاحِدَةً كَمَا فِي قَوْلِهِ وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ، وَإِنْ نَوَىٰ وَاحِدَةً مَعَ ثِنْتَيْنِ تَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ كَلِمَةَ «فِي» تَأْتِي بِمَعْنَى «مَعَ» كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أَيْ مَعَ عِبَادِي، وَلَوْ نَوَى الظَّرْفَ تَقَعُ وَاحِدَةً، لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَصْلُحُ ظَرْفًا فَيَلْغُو ذِكْرُ الثَّانِي (وَلَوْ قَالَ اثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ فَهِيَ ثِنْتَانِ) وَعِنْدَ زُفَرَ ثَلَاثٌ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ تَكُونَ أَرْبَعًا، لَكِنْ لَا مَزِيدَ لِلطَّلَاقِ عَلَى الثَّلَاثِ. وَعِنْدَنَا الِاعْتِبَارُ لِلْمَذْكُورِ

الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه.

قوله: وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ أَثَرُهُ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لَا فِي زِيَادَةِ المَضْرُوبِ، فإنه لو كان يزْدادُ في نفسه لم يبقَ أحدٌ في الدنيا فقيرًا لأنَّه يضرب مائة في ألف درهم فيصير مائة ألف درهمٍ، وتكثيرُ أجزاء الطلْقَة لا يوجبُ تعدُّدَها كما لو قال: أنتِ طالقٌ نصف تطليقةٍ وثُلُثَها وسُدُسَها، لم يقع إلَّا واحدةً.

قوله: وَإِنْ نَوَىٰ وَاحِدَةً مَعَ ثِنْتَيْنِ تَقَعُ الثَّلَاثُ، دخل بِها أو لا.

الأَوَّلِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةِ) وَقَالَ زُفَرُ: هِيَ بَائِنَةٌ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ قُلْنَا: لَا بَلْ وَصَفَهُ بِالْقَصْرِ لِأَنَّهُ مَتَىٰ وَقَعَ وَقَعَ فِي الأَمَاكِنِ كُلِّهَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي الحَالِ فِي كُلِّ البِلَادِ، وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَخَصَّصُ بِمَكَانٍ دُونَ مَكَان، وَإِنْ عَنَىٰ بِهِ إِذَا أَتَيْتِ مَكَّةَ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: هِيَ بَائِنَةٌ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ، ولا يُقال: أنه لو قال: أنتِ طالقٌ تطليقةً طويلةً، يقعُ الرجعي عنده فكيف يقعُ البائن هنا وأنه كناية عنه، لأنا نقول: ثمَّة صرَّح بالطول وهنا كنىٰ عنه وثبوتُ الشيء كنايةً أقوىٰ من ثبوته صريحًا لأنَّ ذا ثابتٌ بدليله، بخلاف ما لو كان مُصَرَّحًا فإن قولك: كثيرُ الرماد، أبْلَغُ في وصفه بالجود من قولك: جَوَّاد، لأنَّ كثرة الرَّماد أثر الجود وعلامته فكان دليلاً عليه، بخلاف وصفه بالجود مجرَّدًا، ولأنَّ قوله: من هٰهُنا إلى الشام، يفيد الطولَ والعرضَ وجاز أن لا تحصل البينونة عند وصفه بالطول فحسبُ ويقعُ عند وصفه بالطول والعرض لأنه يفيد العظم، فصارَ كأنَّه قال: أنتِ طالقٌ كالجبل، وثَمَّ عنده يقعُ البائن لأنَّ المشبَّه به عظيمٌ كذا هنا، بخلاف نفس الطول لأنه ليس فيه عظم فكان كنفس التشبيه، وعنده رحمه الله تعالىٰ لا يقعُ البائن بنفس التشبيه إذا لم يكن المشبَّه به عظيمًا، علىٰ أَنَّهُ جازَ أن يكون لَهُ روايتان في هذه المسئلة، فقد ذكر المشايخ رحمهم الله تعالىٰ في دليله: لأنه وَصَف الطلاقَ بالطول فصار كأنه قال: أنتِ طالقٌ تطليقةً طويلةً، ولو قال كذلك كان بائنًا كذا هنا.

قوله: قُلْنَا: لَا بَلْ وَصَفَهُ بِالْقَصْرِ، ونفسُ الطلاق لايحتملُ القصرَ لأنه ليسَ بجسمٍ وقصُرَ حكمه بكونه رجعيًا.

لِأَنَّهُ نَوَى الإِضْمَارَ وَهُوَ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَأَنْتِ مَرِيضَةٌ، وَإِنْ نَوَىٰ إِنْ مَرِضْتِ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّىٰ تَدْخُلَ مَكَّةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالدُّخُولِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي دُخُولِ الدَّارِ يَتَعَلَّقُ بِالْفِعْلِ لِمُقَارَبَةٍ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالظَّرْفِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الظَّرْفِيَّةِ.

قوله: لِمُقَارَبَةٍ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالظَّرْفِ، لأنَّ المظروفَ لا يُوجد بدون الظرف، وكذلك المشروطُ لا يوجد بدون الشرط، والله تعالىٰ أعْلَمُ بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ وَذٰلِكَ بِوُقُوعِهِ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ، وَلَوْ نَوَىٰ بِهِ آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ، وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ لٰكِنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ اليَوْمَ غَدًا أَوْ غَدًا اليَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ الوَقْتَيْنِ الَّذِي تَفَوَّهَ بِهِ) فَيَقَعَ فِي الأَوَّلِ فِي اليَوْمِ وَفِي الثَّانِي فِي الغَدِ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: اليَوْمَ كَانَ تَنْجِيزًا وَالْمُنَجَّزُ لَا يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ، وَإِذَا قَالَ: غَدًا كَانَ إِضَافَةً وَالْمُضَافُ لَا يَتَنَجَّزُ لِمَا فِيهِ مِنْ

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

قوله: لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ، ونيَّة التخصيص في العموم صحيحةٌ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، كما لو قال: لا آكُلُ طعامًا ونوىٰ طعامًا ما دون طعامٍ، كذا في المبسوط.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: اليَوْمَ كَانَ تَنْجِيزًا وَالْمُنَجَّزُ لَا يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ، فإن قيل: إذا قال: أنتِ طالقٌ اليومَ إذا جاء غدٌ، فهيَ طالقٌ حين يطلع الفجر فقد احتمل التعليقَ ما لو لم يذكر بعده التعليق لَكان مُنَجَّزًا فينبغي أن يحتمل الإضافةَ ما لم يكن ذكر الغدَ بعده لكان منجزًا وإنما يَتَنَجَّزُ بذكر اليوم إذا لم يذكر الإضافة مُتصلاً به كما في التعليق، قلنا: ذَكَرَ الإمامُ المحقِّقُ شمسُ الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في المبسوط أَنَّهُ إنما يُغَيِّر حكم أوَّلِ الكلام هُناكَ لأنَّ ذلك تعليقٌ بالشرط وبذكر الشرط موصولاً بكلامه يخرجُ

إِبْطَالِ الإِضَافَةِ فَلَغَا اللَّفْظُ الثَّانِي فِي الفَصْلَيْنِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ وَقَالَ نَوَيْتُ آخِرَ النَّهَارِ دُيِّنَ فِي القَضَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَدِينُ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ غَدًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهٰذَا يَقَعُ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ، وَهٰذَا لِأَنَّ حَذْفَ «فِي» وَإِثْبَاتَهُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ ظَرْفٌ فِي الحَالَيْنِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ لِأَنَّ كَلِمَةَ «فِي» لِلظَّرْفِ

كلامه من أن يكون تنجيزًا، كما لو قال: أنتِ طالق اليومَ إذا كلمتَ فلانًا، أو: إن كلمتَ فلانًا، لم تُطَلَّق قبل الكلام، وتبيَّن بذكر الشرط أنَّ قوله: اليوم، لبيان وقت التعليق لا لِبيان وقت الوقوع، بخلاف قوله: اليومَ غدًا فإنَّ هناكَ ليسَ بذكر الشرط فيبقىٰ قوله: اليومَ، بيانًا لوقت الوقوع.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، فيصدق، وهذا لأنه إيقاعُ الطلاق في الغد لأنه جَعَلَ الغدَ ظرفًا والظرفيةُ تليقُ بالإيقاع والظرفُ لا يقتضي استيعابَ المَظْرُوف، كقولكَ زيدٌ في الدار بل يقتضي وجودَه في جزء من أجزاء المظروف، غيرَ أنَّه متىٰ لم ينو شيئًا يعيِّن الجزء الأول باعتبار السبق وعدم المُعارِض، ومتى نوىٰ جزءًا كان تعيينُ الجزء المنويِّ وهو قصديٌّ أَوْلىٰ بالاعتبار من الجزء الأوَّل وهو ضروريٌّ، بخلاف قوله: أنتِ طالقٌ غدًا لأنه وَصَفَها بِهذه الصفة في جميع الغد، ألا ترىٰ أنَّ من قالَ: واللهِ لأَصُومنَّ في العُمر، يتناولُ ساعةً مِن العُمر حتَّىٰ لو صامَ ساعة برَّ في يمينه، ولو قال: العُمرَ، يتناول جميع العُمر حتَّىٰ لا يبرَّ من يمينه إلا بصوم جميع العُمر، وكذا لو قالَ: إن صُمتُ الدهرَ فعبدي حُرٌّ يقعُ على صوم الأبد، ولو قال: إن صمتُ في الدَّهْر فعبدي حُرٌّ، يقع على صوم ساعةٍ، والفقهُ فيه أنَّ غدًا ظرفٌ ضروري لثبوته لا بلفظه، وقوله: في غدٍ،

وَالظَّرْفِيَّةُ لَا تَقْتَضِي الِاسْتِيعَابَ وَتَعَيَّنَ الجُزْءُ الأَوَّلُ ضَرُورَةَ عَدَمِ المُزَاحِمِ، فَإِذَا عَيَّنَ آخِرَ النَّهَارِ كَانَ التَّعْيِينُ القَصْدِيُّ أَوْلَىٰ بِالِاعْتِبَارِ مِنَ الضَّرُورِيِّ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ غَدًا لِأَنَّهُ يَقْتَضِي الِاسْتِيعَابَ حَيْثُ وَصَفَهَا بِهٰذِهِ الصِّفَةِ مُضَافًا إِلَىٰ جَمِيعِ الغَدِ، نَظِيرُهُ إِذَا قَالَ: وَاللهِ لَأَصُومَنَّ عُمْرِي، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ: وَاللهِ لَأَصُومَنَّ فِي عُمْرِي، وَعَلَىٰ هٰذَيْنِ الدَّهْرَ وَفِي الدَّهْرِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ وَقَدْ تَزَوَّجَهَا اليَوْمَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِمَالِكِيَّةِ الطَّلَاقِ فَيَلْغُو، كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ، وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ أَوْ عَنْ كَوْنِهَا مُطَلَّقَةً بِتَطْلِيقِ غَيْرِهِ مِنَ الأَزْوَاجِ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا أَوَّلَ مِنْ أَمْسِ وَقَعَ السَّاعَةَ) لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِخْبَارًا أَيْضًا فَكَانَ إِنْشَاءً، وَالْإِنْشَاءُ فِي المَاضِي إِنْشَاءٌ فِي الحَالِ فَيَقَعُ السَّاعَةَ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكِ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكِ وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ نَائِمٌ، أَوْ يُصَحَّحُ إِخْبَارًا عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ مَتَىٰ لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ مَتَىٰ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ وَسَكَتَ طَلُقَتْ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَىٰ زَمَانٍ خَالٍ عَنِ التَّطْلِيقِ

ثبتَ بلفظ يدلُّ عليه، وما ثَبَتَ باللفظ يحتملُ النيةَ لا ما ثَبَتَ بدونه، كما في قوله: لا أَشْرَبُ ونوىٰ شرابًا دون شرابٍ، وفي قوله: لا أَشْرَبُ شرابًا.

وَقَدْ وُجِدَ حَيْثُ سَكَتَ، وَهٰذَا لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَىٰ وَمَتَىٰ مَا صَرِيحٌ فِي الوَقْتِ لِأَنَّـهُمَا مِنْ ظُرُوفِ الزَّمَانِ، وَكَذَا كَلِمَةُ «مَا» قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا ﴿٣١﴾﴾ [مريم: ٣١] أَيْ وَقْتَ الحَيَاةِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّىٰ يَمُوتَ) لِأَنَّ العَدَمَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِالْيَأْسِ عَنِ الحَيَاةِ وَهُوَ الشَّرْطُ كَمَا فِي قَوْلِهِ: إنْ لَمْ آتِ البَصْرَةَ، وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إذَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، أَوْ إذَا مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّىٰ يَمُوتَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَطْلُقُ حِينَ سَكَتَ) لِأَنَّ كَلِمَةَ إذَا لِلْوَقْتِ قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ ﴿١﴾﴾ [التكوير: ١] وَقَالَ قَائِلُهُمْ:

قوله: وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ، وفي النَّوادر: لا يقعُ الطلاق بموتِها لأنَّ الزوجَ قادرٌ على الإيقاع، كما إذا قال: إن لم أدْخُلِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، يقعُ بموته ولم يقع بموتِها لأنَّ بعد موتِها يمكنُ دخول الدار فلا يتحقَّقُ اليأس فلا يقعُ، وإنَّما يتحقَّقُ العجز عن الإيقاع بموتِها فلو وقعَ الطلاقُ لوقعَ بعد موتِها، والصحيحُ أنَّ موتها كموته لأنَّها إذا أشْرَفت على الموت فقد بقي من حياتِها ما لا يسعُ للتكلُّم بالطلاق، وذلك القدرُ من الزمان صالحٌ لوقوع المُعَلَّقِ لأنه يستغني عن زمان التكلُّم فوُجِدَ الشرطُ والملكُ قائمٌ والمحلُّ باقٍ، بخلاف قوله: إن لَمْ أدْخُلِ الدارَ إن لم آت البصرةَ لأنه لا يتحقق اليأس بموتِها فلا يكون موتُها كموته، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمة الله تعالى عليه: وإن ماتَ أحدهما طُلِّقت فإن كان رجعيًّا توارَثَا لبقاء الزوجية وإن كان بائنًا إن ماتت لم يَرِثْهَا وإن ماتَ هُوَ وَرَثته إن كانت مَدْخُولاً بِها لأنه طلاقُ الفارّ.

وَإِذَا تَكُونُ كَرِيهَةٌ أُدْعَىٰ لَهَا * وَإِذَا يُحَاسُ الحَيْسُ يُدْعَىٰ جُنْدُبُ

فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَتَىٰ وَمَتَىٰ مَا، وَلِهٰذَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتِ لَا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالْقِيَامِ عَنِ المَجْلِسِ كَمَا فِي قَوْلِهِ مَتَىٰ شِئْتِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ إِذَا تُسْتَعْمَلُ فِي الشَّرْطِ أَيْضًا، قَالَ قَائِلُهُمْ:

وَاسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالْغِنَىٰ * وَإِذَا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّل

فَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الشَّرْطُ لَمْ تَطْلُقْ فِي الحَالِ، وَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الوَقْتُ تَطْلُقُ فَلَا تَطْلُقُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ المَشِيئَةِ لِأَنَّهُ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلْوَقْتِ لَا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلشَّرْطِ يَخْرُجُ وَالْأَمْرُ صَارَ فِي يَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، وَهٰذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَلْبَتَّةَ، أَمَّا إِذَا نَوَى الوَقْتَ يَقَعُ فِي الحَالِ وَلَوْ نَوَى الشَّرْطَ يَقَعُ فِي آخِرِ العُمُرِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ بِهٰذِهِ التَّطْلِيقَةِ) مَعْنَاهُ: قَالَ ذٰلِكَ مَوْصُولًا بِهِ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَقَعَ المُضَافُ فَيَقَعَانِ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ وُجِدَ زَمَانٌ لَمْ يُطَلِّقْهَا فِيهِ وَإِنْ قَلَّ وَهُوَ زَمَانُ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ يَفْرُغَ مِنْهَا، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ زَمَانَ البِرِّ مُسْتَثْنًى عَنِ اليَمِينِ بِدَلَالَةِ الحَالِ لِأَنَّ البِرَّ هُوَ المَقْصُودُ، وَلَا يُمْكِنُهُ تَحْقِيقُ البِرِّ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ هٰذَا القَدْرَ مُسْتَثْنًى، أَصْلُهُ مَنْ حَلَفَ

لَا يَسْكُنُ هٰذِهِ الدَّارَ فَاشْتَغَلَ بِالنَّقْلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ وَأَخَوَاتُهُ عَلَىٰ مَا يَأْتِيكَ فِي الأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَةٍ: يَوْمَ أَتَزَوَّجُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا لَيْلًا طَلُقَتْ) لِأَنَّ اليَوْمَ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ وَالْأَمْرِ بِالْيَدِ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ المِعْيَارُ، وَهٰذَا أَلْيَقُ بِهِ، وَيُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالْمُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ وَالطَّلَاقُ مِنْ هٰذَا القَبِيلِ فَيَنْتَظِمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ، وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ بِهِ بَيَاضَ النَّهَارِ خَاصَّةً

قوله: وَأَخَوَاتُهُ، وهِيَ نحو قوله: لا يَلْبِسُ هذا الثوبَ وهو لابِسُه ولا يَرْكَبُ هذه الدابَّةَ وهو رَاكِبُهَا فنَزَعَه في الحال ونَزَلَ منها لا يحنثُ.

قوله: فَيُحْمَلَ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ وَالْأَمْرِ بِالْيَدِ، حتى إذا قالَ: أَنْتِ طالقٌ إذا صُمْتُ يومًا، طُلِّقَت في اليوم الذي يصومُ حين تغيب الشمس، ولو قال: أَمْرُكِ بيدكِ يومَ يَقْدُمُ فلانٌ نَهارًا فلم تعلم به حتى جَنَّ الليل فلا خيارَ لها لأنَّ الأمرَ باليد مما يَمْتَدُّ.

قوله: وَالطَّلَاقُ [وَالتَّزَوُّجُ] مِنْ هٰذَا القَبِيلِ، وفي بعض النسخ: والطلاقُ من هذا القبيل، وهو الأظْهَرُ لأنَّ المراد من فعلٍ قَرَنَ به هو المظروف وهو الجزاءُ لا المضاف إليه، وبعض المشايخ اعتبروا المضافَ إليه فيما لا يختلفُ الجواب وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه ممَّا لا يَمْتَدُّ تسامُحًا نظرًا إلىٰ حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرَّحوا في قوله: يومَ أُكَلِّمُ فلانًا فامرأتُه طالقٌ، بأنَّ المقرونَ هو الكلامُ والكلامُ ممَّا لا يمتدُّ، وفي قوله: يَوْمَ أَتَزَوَّجُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا لَيْلًا طَلُقَتْ، لأنَّ التزوَّج ممَّا لا

دِينَ فِي القَضَاءِ لِأَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَاللَّيْلُ لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا السَّوَادَ وَالنَّهَارُ يَتَنَاوَلُ البَيَاضَ خَاصَّةً وَهٰذَا هُوَ اللُّغَةُ.

يَمْتَدُّ، فأمَّا فيما [1] يختلف الجواب فيه بالاعتبارين بأن كان أحدهما مُمْتَدًّا والآخر غير مُمْتَدٍّ فالكلُّ اعتبروا المظروفَ ولم يلتفِتوا إلى المضاف إليه، كما في مسئلة الأمر فإنَّ الكل اعتبروا فيها الأمرَ باليد الذي هو مظروفٌ دون القدوم الذي هو مضافٌ إليه فثبَتَ أنَّ المعتبَر هُو المظروفُ في هذا الباب دون المضاف إليه، والله تعالىٰ أعْلَمُ بالصواب.

* * *

(١) هكذا في جميع النُسُخ الأصلية (أ) و (ب) و (ج)، ووَرَدَ في المطبوعتين مع (لا) هكذا: فأمَّا فيما لا يختلفُ الجواب فيه، وهو غلطٌ.

فصل

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ وَإِنْ نَوَىٰ طَلَاقًا، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ أَوْ أَنَا عَلَيْكِ حَرَامٌ يَنْوِي الطَّلَاقَ فَهِيَ طَالِقٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ أَيْضًا إِذَا نَوَىٰ، لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ حَتَّىٰ مَلَكَتِ المُطَالَبَةَ بِالْوَطْءِ كَمَا يَمْلِكُ هُوَ المُطَالَبَةَ بِالتَّمْكِينِ، وَكَذَا الحِلُّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَالطَّلَاقُ وُضِعَ لِإِزَالَتِهِمَا فَيَصِحُّ مُضَافًا إِلَيْهِ كَمَا صَحَّ مُضَافًا كَمَا فِي الإِبَانَةِ وَالتَّحْرِيمِ، وَلَنَا أَنَّ الطَّلَاقَ لِإِزَالَةِ القَيْدِ وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوْجِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا هِيَ المَمْنُوعَةُ

فصل

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ أَوْ أَنَا عَلَيْكِ حَرَامٌ يَنْوِي الطَّلَاقَ فَهِيَ طَالِقٌ، لأنَّ الإبانةَ لإزالة الوصلة وهي مشتركةٌ والتحريمُ لإزالة الحلِّ وهو مشتركٌ، ولو لم يَقُلْ منكِ أو عليكِ لم تُطَلَّقْ لأنَّ حِلَّه ووصلته قد تكون بأخرىٰ فلا تتعيَّن هذه بلا ذكرٍ، وليس كذلك: أنتِ بائنٌ أو حرامٌ لأنَّ حِلَّها ووصلَتَها معه لا غيرُ.

قوله: وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوْجِ، لأنه ينطلقُ بعد النكاح إلىٰ ما شاء ويَسْتَمْتِعُ بإمائه وثلاثِ سواها، فإن قيلَ: الزوجُ أيضًا ممنوعٌ عن التزوُّجِ بأُخْتها وأربعٍ سواها فيكون مقيَّدًا، قلنا: هذا ليسَ بقيدٍ من جانبها فإنَّ العاجزَ عن التصرف يحكمُ أنه لم يكن مشروعًا لا يكون مقيَّدًا فإنَّ كلَّ إنسانٍ عاجزٌ عن انقضاء ما لم يقيِّد وليس بمقيِّد، وكذا الصبيُّ عاجزٌ عن

عَنِ التَّزَوُّجِ بِزَوْجٍ آخَرَ وَالْخُرُوجِ وَلَوْ كَانَ لِإِزَالَةِ الْمِلْكِ فَهُوَ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَالزَّوْجَ مَالِكٌ وَلِهٰذَا سُمِّيَتْ مَنْكُوحَةً بِخِلَافِ الْإِبَانَةِ لِأَنَّهَا لِإِزَالَةِ الْوَصْلَةِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ التَّحْرِيمِ لِأَنَّهُ لِإِزَالَةِ الْحِلِّ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَصَحَّتْ إِضَافَتُهُمَا إِلَيْهِمَا وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا إِلَيْهَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لَا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰكَذَا ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَعَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا تَطْلُقُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لَا شَيْءَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ،

التصرفات وليس بمقيَّد فالمُقَيَّدُ الحقيقيُّ من له الآلاتُ السلمية لفعل المشي والبطش وبسبب القيد يمتنعُ عن ذلك، فالمقيَّد الحكميُّ هكذا ينبغي أن يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرُّفه لمانع القيد كالمرأة تقيَّدت بقيد رقِّ النِّكاح عليها ولا رقَّ في جانب الزوج ولكنه منهيٌّ عن نكاح الخَمس والجمع بين الأُختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكمًا لنكاح هذه المرأة ولا من أثره فكان إضافة الطلاق إلى الرَّجل وإنه لإزالة القيد أو الملك لغةً وشرعًا ولا قيدَ ولا ملكَ في الرجل فيكون إضافة الشيء إلى غير محلِّه فيلغو، بخلاف الإبانة والتحريم لأنَّ التحريم لإثبات الحرمة والإبانة لقطع الوصلة لُغةً والحِلُّ والوُصْلةُ مشتركٌ بينهما فصحَّت إضافتهما إليهما، وقوله: والحلُّ مشتركٌ والطلاقُ وُضِعَ لإبطاله، قلنا الطلاقُ ما وُضِعَ لإبطال الحلِّ بل لرفع القيدِ أو الملك والحِلُّ الثابتُ لها عليه يكون تبعًا لا قصدًا بل ثَبَت ضرورةَ ثبوتُ الحلِّ له عليها.

قوله: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ، أي بين قوله: أَوْ لَا، وقوله: أَوْ لَا شَيْءَ، فلا يختلف

وَلَوْ كَانَ المَذْكُورُ هَاهُنَا قَوْلَ الكُلِّ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ، لَهُ أَنَّهُ أَدْخَلَ الشَّكَّ فِي الوَاحِدَةِ لِدُخُولِ كَلِمَةِ «أَوْ» بَيْنَهَا وَبَيْنَ النَّفْيِ فَيَسْقُطَ اعْتِبَارُ الْوَاحِدَةِ وَيَبْقَىٰ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَوَّلَا لِأَنَّهُ أَدْخَلَ الشَّكَّ فِي أَصْلِ الإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ، وَلَهُمَا أَنَّ الوَصْفَ مَتَىٰ قُرِنَ بِالْعَدَدِ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكْرِ العَدَدِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا تَطْلُقُ ثَلَاثًا، وَلَوْ كَانَ الوُقُوعُ بِالْوَصْفِ لَلَغَا ذِكْرُ الثَّلَاثِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الوَاقِعَ فِي الحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ المَنْعُوتُ المَحْذُوفُ مَعْنَاهُ أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِذَا كَانَ الوَاقِعُ مَا كَانَ العَدَدُ نَعْتًا لَهُ كَانَ الشَّكُّ دَاخِلًا فِي أَصْلِ الإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ.

جواب محمد رحمه الله تعالىٰ فيهما، فبيان قول محمد فيما إذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ واحدةً أو لا شيء، تكون بائنًا في واحدةٍ أولاً.

قوله: وَلَوْ كَانَ المَذْكُورُ هَاهُنَا - أي في الجامع الصغير - قَوْلَ الكُلِّ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ رِوَايَتَانِ، أي فيهما.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الوَصْفَ مَتَىٰ قُرِنَ بِالْعَدَدِ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكْرِ العَدَدِ، أي قوله: أنتِ طالقٌ إذا قَرَنَ بالواحدة أو بالثنتين أو بالثلاث، وإنَّما أطلق اسم العدد على الواحدة لأنَّها أصل العدد يعني أنَّ الوصف متىٰ قرن بالعدد كان الكل كلامًا في الإيقاع فحينئذٍ كان الشكُّ الداخلُ في الواحدة داخلًا في الإيقاع فحينئذٍ يصيرُ نظيرُ قوله: أنتِ طالقٌ أو لا، وهناكَ لا يقع شيء بالإجماع كذا هنا، دلَّ عليه وقوع الثلاث علىٰ غير المدخول بها إذا قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثًا لأنه لو كان الوقوع قبل قوله ثلاثًا لَلَغَا ذكر الثلاث، ولهذا لو قال لها: أنتِ

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي أَوْ مَعَ مَوْتِكِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ لِأَنَّ مَوْتَهُ يُنَافِي الأَهْلِيَّةَ وَمَوْتَهَا يُنَافِي المَحَلِّيَّةَ وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا.

(وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتِ المَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ شِقْصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ) لِلْمُنَافَاةِ بَيْنَ المِلْكَيْنِ، أَمَّا مِلْكُهَا إِيَّاهُ فَلِلْاِجْتِمَاعِ بَيْنَ المَالِكِيَّةِ وَالْمَمْلُوكِيَّة، وَأَمَّا مِلْكُهُ إِيَّاهَا فَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَامِ مِلْكِ اليَمِينِ فَيَنْتَفِيَ النِّكَاحُ.

طالقٌ واحدةً، أو قال: أنتِ طالق ثلاثًا، فصادفها قوله: أنتِ طالقٌ وهي حيَّةٌ وصَادَفَها العددُ وهي ميتةٌ لا يقع، فلو كان الوقوع بقوله: أنتِ طالقٌ لَوَقَع الطلاقُ، وثمرةُ ذلك تظهرُ في غير المدخول بِها حتَّىٰ لو كانت مُطَلَّقَةً يجبُ نصف المُسَمَّىٰ، ولو لم تكن مُطَلَّقة يجبُ جميع المُسَمَّىٰ، ويظهرُ أيضًا في حقِّ من حَلَفَ لا يُطَلِّقُ امرأتَهُ.

قوله: فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، أي لا يقعُ شيء لأنَّ معنى قوله: مع موتِي، بعد موتِي، ألا ترىٰ أنه لو قال: أنتِ طالقٌ مع دخولكِ الدارَ فإنَّ الدخولَ يصيرُ شرطًا ولا تُطَلَّقُ إلَّا بعد الدخول، فكذلك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ إنَّما يقعُ بعد موته أو بعد موتِها ولا نكاح بينهما بعد موت أحدهما، لأنَّ «مع» للمقارنة وحالُ موت أحدهما حال ارْتِفَاع النكاح والطلاق لا يقعُ إلَّا في حال اسْتِقْرَار النكاح، فإذا كان الإيقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لأنَّ الوقوعَ حكمُ الإيقاع والحكمُ يعقب السبب ولا يقترنُ به، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه.

قوله: وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَامِ مِلْكِ اليَمِينِ فَيَنْتَفِيَ النِّكَاحُ، فإن قيل: هذا مُسَلَّمٌ فيما إذا

(وَلَوِ اشْتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ، وَلَا بَقَاءَ لَهُ مَعَ المُنَافِي لَا مِنْ وَجْهٍ وَلَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَكَذَا إِذَا مَلَكَتْهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ لِمَا قُلْنَا مِنَ المُنَافَاةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ لِأَنَّ العِدَّةَ وَاجِبَةٌ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ هُنَاكَ حَتَّىٰ حَلَّ وَطْؤُهَا لَهُ.

ملك الزوج جميعَ منكوحته بملك اليمين، أمَّا إذا مَلَكَ شِقْصًا منها فلا يثبتُ الحِلُّ بملك الشِّقْص فينبغي أن لا ينتفي[1] الحلُّ الثابت بينهما نكاحًا لأنه لم يطرأ عليه لا حلٌّ قويٌّ ولا ضعيفٌ؟ قلنا: ملكُ اليمين دليلُ الحلِّ فقام مقام الحلِّ تيسيرًا، فعلىٰ هذا ينبغي أن يبطل نكاح المكاتب أيضًا إذا اشترىٰ منكوحتَه لورود دليل الحِلِّ القويِّ على الضعيف، ومع ذلك لا يبطلُ ذكره في المبسوط لأنَّ الثَّابتَ له في كسبه حقُّ الملك، وحقُّ الملك لا يمنعُ بقاءَ النكاح ولأنَّ ملك اليمين لا يثبت للمكاتب إنما يثبت له ملك التصرُّف لأنَّ قيام الرقِّ يمنعه عن ذلك والمكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ فلم يبطل نكاحه لذلكَ.

قوله: وَلَا بَقَاءَ لَهُ مَعَ المُنَافِي لَا مِنْ وَجْهٍ - وهو العدَّة - وَلَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وهو النكاحُ.

قوله: لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ هُنَاكَ، وهذا لأنَّ العدَّة إنَّما تجب لاستبراء الرحِمِ عن الماء ويستحيل استبراءُ رَحِمِها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحلِّ الوطء، فإن قيل: أَلَيْسَ أنه لا يجوز التزويجُ وهذا دليلٌ على وجوب العدة، قلنا: قد قالوا لا عدَّة عليها بدليل أنه لو زوَّجها من آخرٍ جاز والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخرٍ، والحاصلُ أنه لا تجب العدَّة عليها في حقِّ من اشتراها، وهل يجب في حقِّ غيره؟ فهو على الروايتين، وفي الجامع

---

(١) هكذا في (ب) و (ج)، ووَرَدَ في (أ) والمطبوعتين: فينبغي أن لا يبقى، إلخ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أَمَةٌ لِغَيْرِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عِتْقِ مَوْلَاكِ إِيَّاكِ فَأَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا مَلَكَ الزَّوْجُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالْإِعْتَاقِ أَوِ العِتْقِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا وَالشَّرْطُ مَا يَكُونُ مَعْدُومًا عَلَىٰ خَطَرِ

الصغير للتمرتاشي: وقالوا لو اشترى امرأته ثم باعها لا يحلُّ للمشتري وطئها حتى تحيض بحيضتين، وكذا لو زوَّجها المشتري حتى تحيضَ بحيضتين.

قوله: لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالْإِعْتَاقِ أَوِ العِتْقِ، لأنَّ قوله مع عتقِ مولاكَ إيَّاك يحتملُ أن يراد مع إعتاق مولاكِ إيَّاكِ على طريق استعارة الحكم عن علته، والدليل عليه أنه استُعْمِل المعتق متعديًا، ويحتملُ أن يُراد به العتقَ حقيقةً فحينئذٍ يحتاجُ إلى الإضْمَار أي مع عتقك إعتاق مولاكِ إيَّاكِ، ومثله كثيرٌ في كلام العرب.

قوله: لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا، أي لفظُ العتق يحتملُ الإعتاقَ على طريق الإستعارة والعتقَ على طريق الحقيقة لأنه هو الملفوظ، ومعنى الانتظام ههنا احتمالُ التناول على طريق البدلية لِمَا عُرِفَ أنَّ اللفظَ الواحدَ لا ينتظمُ الحقيقةَ والمجازَ معًا، ومعنىٰ قوله: لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالْإِعْتَاقِ أَوِ العِتْقِ، أنَّ العتقَ حكمُ الإعتاق والحكمُ يقارنُ العلَّةَ فيقارنُ العتقُ الإعتاقَ فيكون التعليقُ بالإعتاق تعليقًا بالعتق فيصحُّ حينئذٍ أن يُقال التطليقُ معلَّقٌ بالإعتاق لأنه أُرِيد بالعتق، ويصحُّ أن يقال: التطليقُ مُعَلَّقٌ بالعِتْقِ لأنه حكمه فيقارُنُه في الوجود فيتوقَّفُ التطليقَ عليه أيضًا، وإنَّما قلنا أنه عَلَّقَ التطليقَ بالإعتاق أو العتق لأنَّه جَعَلَ التطليقَ مُتَّصِلاً بالعتق وذا لا يتصوَّرُ إلا بأن يتعلق أحدهما بالآخر تعلُّقَ الشرط بالمشروط، أو يتعلق أحدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول، أو يتعلقا بشرطٍ واحدٍ أو بعلَّةٍ واحدةٍ، والثالثُ منتفٍ لأنهما لم يتعلقا بشرط واحدٍ أو بعلةٍ واحدةٍ، وكذا الثاني لأنَّ إعْتاق المولىٰ ليس بعلةٍ لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلةٍ لإعتاقه فتعيَّن الوجه الأول، واسْتَحَالَ أن يتعلق العتقُ بالتطليق لأنه حينئذٍ يزولُ ملك المالكِ بلا رضاه فتعيَّن

الوُجُودِ وَلِلْحُكْمِ تَعَلُّقٌ بِهِ وَالْمَذْكُورُ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ وَالْمُعَلَّقُ بِهِ التَّطْلِيقُ لِأَنَّ فِي التَّعْلِيقَاتِ يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ عِنْدَنَا، وَإِذَا كَانَ التَّطْلِيقُ مُعَلَّقًا بِالْإِعْتَاقِ أَوِ العِتْقِ يُوجَدُ بَعْدَهُ ثُمَّ الطَّلَاقُ يُوجَدُ بَعْدَ التَّطْلِيقِ فَيَكُونَ الطَّلَاقُ مُتَأَخِّرًا عَنِ العِتْقِ فَيُصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَا تَحْرُمُ حُرْمَةً غَلِيظَةً بِالثِّنْتَيْنِ، بَقِيَ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ «مَعَ» لِلْقِرَانِ، قُلْنَا: قَدْ تُذْكَرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦] فَتُحْمَلَ عَلَيْهِ بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَعْنَى الشَّرْطِ.

(وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ وَقَالَ المَوْلَىٰ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَجَاءَ الغَدُ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: زَوْجُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) عَلَيْهَا، لِأَنَّ الزَّوْجَ قَرَنَ الإِيقَاعَ بِإِعْتَاقِ المَوْلَىٰ حَيْثُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ الَّذِي عَلَّقَ بِهِ المَوْلَى العِتْقَ، وَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ المُعَلَّقُ سَبَبًا عِنْدَ

تعلُّق الطلاق بالإعتاق وقد وجدت أمارة الشرط في الإعتاق لأنه معدومٌ على خطر الوجود وللطلاق تعلُّقٌ به والمُعَلَّقُ به التطليقُ لا الطلاقُ عندنا، لِمَا عُرِفَ أنَّ أثر التعليق في منع السبب فيصيرُ التصرف تطليقًا عند الشرط عندنا وعنده صار تطليقًا زمانَ التكلُّم، فإن قيل: يجبُ علىٰ هذا أن يصح قوله: أنتِ طالق مع نكاحكِ، بمعنى: إنْ نكَحْتُكِ ولم يصحَّ ذلك، قلنا: هنا مالكٌ للإنْشَاء فاحتجنا إلىٰ تصحيح تعليقه فعَدَلْنَا عن الحقيقة لذلك وثمَّة لا يملكُ الإنشاءَ فلم يعتبر كلامه إلا في صريح الشرط.

الشَّرْطِ وَالْعِتْقُ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ، لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ، أَصْلُهُ الِاسْتِطَاعَةُ مَعَ الفِعْلِ فَيَكُونَ التَّطْلِيقُ مُقَارِنًا لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً فَتَطْلُقُ بَعْدَ العِتْقِ فَصَارَ كَالْمَسْأَلَةِ

قوله: فَتَطْلُقُ بَعْدَ العِتْقِ، فإن قيل: التطليقُ يُقارِنُ الإعتاقَ لتعلقهما بشرطٍ واحدٍ ويلزم من ذلك أن يكون وقوع العتق والطلاق معًا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلته، فكيف يستقيم قوله: فتطلق بعد العتق، قلنا: الجوابُ عنه من وجهين: أحدهما: أنَّ مشايخنا اختلفوا في أنَّ الأحكام الشرعية هل تتأخَّرُ عن عللها أو تُقارِنُها كما في العقليات، فجاز أن يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قولَ من يقول: يتأخَّر المعلول عن علته في الشرعيات، وفي الإعتاق قول الآخرين ممن يقول: المعلولُ يقارن العلة في الشرعيات، وإنما اختارَ هذا لأنَّ العتقَ أسْرَعُ نفوذًا لكونه مندوبًا والطلاق أبْطَأُ ثبوتًا لكونه مبغوضًا، أو لأن لا تلزم الحرمة الغليظة بالشكِّ، على أنا نقول: المُعَلَّقُ بالشرط كالمُرْسَل لدىَ الشرط ولا شكَّ أنه تقدَّم في الوجود أوْجَزهما لفظًا في الإرسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق، وقوله: أنتِ حرَّةٌ أوْجَز من قوله أنتِ طالقٌ ثنتين فيستقيمُ قوله: تطلق بعد العتق.

والثاني: يجوز أن يكون المراد بقوله: بعد العتق، مع العتق كما أنَّ المراد من قوله: أنتِ طالقٌ مع عتق مولاكِ إيَّاكِ، بعد عتق مولاكِ إيَّاكِ في المسئلة المتقدمة، وعلى هذا التأويل يَتَأَتَّى التقريب أيضًا لأنَّ وقوع الطلاق إذا كان مصادفًا لحال ثبوت العتق وهي حُرَّةٌ حال ثبوت العتق كالجسم يكون أسْوَد حالَ اسْوِدَاده ويكون عالمًا حالَ قيام العلم به فصار بمنزلة قوله: أنتِ طالق ثنتين مع عتق مولاكِ، ولهذا تعتدُّ بثلاث حيض وهذا آيةُ كونها حُرَّةً حال الطلاق، ولهما أنه إذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يُصَادفها وهي أمة فيكون الطلاق مصادفًا للأمَة أيضا والطلقتان تحرمان الأمةَ حرمةً غليظةً، ولا نُسلِّم كونها حُرَّةً زمان ثبوت العتق بل الشيء في زمان ثبوته ليسَ

الأُولَىٰ وَلِهٰذَا تُقَدَّرُ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ، وَلَهُمَا أَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِمَا عَلَّقَ بِهِ المَوْلَى العِتْقَ ثُمَّ العِتْقُ يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَكَذَا الطَّلَاقُ وَالطَّلْقَتَانِ تُحَرِّمَانِ الأَمَةَ حُرْمَةً غَلِيظَةً، بِخِلَافِ المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِإِعْتَاقِ المَوْلَىٰ فَيَقَعَ الطَّلَاقُ بَعْدَ العِتْقِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، وَبِخِلَافِ العِدَّةِ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهَا بِالِاحْتِيَاطِ، وَكَذَا الحُرْمَةُ الغَلِيظَةُ يُؤْخَذُ فِيهَا بِالِاحْتِيَاطِ، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ مَا قَالَ لِأَنَّ العِتْقَ لَوْ كَانَ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَالطَّلَاقُ يُقَارِنُ التَّطْلِيقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَيَقْتَرِنَانِ.

بثابتٍ إجماعًا بلا خلافٍ بين العُقلاء، أو لأنه لمَّا وقعَ التعارض بين دليل الحرمة والحِلِّ رجَّحنا المحرم أخذًا بالاحتياط، وإنَّما تعتدُّ بثلاث حيضٍ احتياطًا أيضًا، على أنَّ العدَّة وجبت بعد الطلاق وحال وجوب العدَّة هي حُرَّة، بخلاف قوله: أنتِ طالقٌ ثِنتَيْن مع عتقِ مولاكِ إيَّاكِ، لأنَّ هُناكَ جعل العتقَ شرطًا للتطليق لأنَّه علَّق الطلاقَ بمعدومٍ على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصار «مع» بمعنى «إن»، وقد يجيء «مع» بمعنى «بعدُ» قال الله تعالى: ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦] وإذا كان الإعتاقُ شرطًا للطلاق تقدَّمَ العتق على وقوع الطلاق لا محالة، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي تَشْبِيهِ الطَّلَاقِ وَوَصْفِهِ

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ هٰكَذَا يُشِيرُ بِالْإِبْهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَىٰ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الْإِشَارَةَ بِالْأَصَابِعِ تُفِيدُ العِلْمَ بِالْعَدَدِ فِي مَجْرَى العَادَةِ إِذَا اقْتَرَنَتْ بِالْعَدَدِ المُبْهَمِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشَّهْرُ هٰكَذَا وَهٰكَذَا وَهٰكَذَا» الحَدِيثَ، وَإِنْ أَشَارَ بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَشَارَ بِثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثِنْتَانِ لِمَا قُلْنَا، وَالْإِشَارَةُ تَقَعُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنْهَا، وَقِيلَ: إِذَا أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَبِالْمَضْمُومَةِ مِنْهَا، وَإِذَا كَانَ تَقَعُ الإِشَارَةُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنْهَا فَلَوْ نَوَى الإِشَارَةَ بِالْمَضْمُومَتَيْنِ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً، وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِشَارَةَ بِالْكَفِّ حَتَّىٰ يَقَعَ فِي الأُولَىٰ ثِنْتَانِ دِيَانَةً، وَفِي الثَّانِيَةِ وَاحِدَةٌ

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله: وَالْإِشَارَةُ تَقَعُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنْهَا، واعلم أنَّه لا فرقَ بين الإشارة بالأصابع التي اعتادَ الناسُ الإشارةَ بِها وبين الأصابِع الأُخر، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَقِيلَ: إِذَا أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَبِالْمَضْمُومَةِ مِنْهَا، اعتبارًا بطريق الحساب وعُرْفِهم، وقيل: إن كان بطن كفه إلى السماء فالعبرة للنشر وإن كان إلى الأرض فالعبرة للضمِّ، وقيل: إن كان نشرًا عن ضمٍّ فالعبرة للنشر وإن كان ضمًّا عن نشر فالعبرة للضمِّ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: حَتَّىٰ يَقَعَ فِي الأُولَىٰ ثِنْتَانِ، يعني صحَّت نيته ديانةً في المسئلتين حتى يقع في

لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لٰكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ هٰكَذَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْتَرِنْ بِالْعَدَدِ الْمُبْهَمِ فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ (وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ مِنَ الشِّدَّةِ أَوِ الزِّيَادَةِ كَانَ بَائِنًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَلْبَتَّةَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ رَجْعِيًّا إِذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ شُرِعَ مُعَقِّبًا لِلرَّجْعَةِ فَكَانَ وَصْفُهُ بِالْبَيْنُونَةِ خِلَافَ الْمَشْرُوعِ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَنْ لَا رَجْعَةَ لِي عَلَيْكِ، وَلَنَا أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الْبَيْنُونَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَبَعْدَ الْعِدَّةِ تَحْصُلُ بِهِ فَيَكُونُ هٰذَا الْوَصْفُ لِتَعْيِينِ أَحَدِ الْمُحْتَمَلَيْنِ، وَمَسْأَلَةُ الرَّجْعَةِ مَمْنُوعَةٌ فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ،

المسئلة الأولىٰ ثنتان لأنه نوى الإشارة بالمضمومتين، وفي المسئلة الثانية واحدة لأنه نوى الإشارة بالكفِّ.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ، فإن قيل: لو كان قوله: أنتِ طالقٌ، محتملاً للبينونة ينبغي أن تصحُّ نية البينونة في قوله: أنتِ طالقٌ، لأنَّ النية إنما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصحّ، قلنا: النية تصحُّ في الملفوظ لا في غير الملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظةً فلا تعمل نيته، كمن عليه السهو إذا سلم يريدُ به قطع الصلاة لا تعمل نيته، بخلاف ما إذا قال: أنتِ طالقٌ بائنٌ، فالبينونةُ ملفوظةٌ، وتحقيقه أنَّ النيةَ تعملُ فيما يحتمله اللفظُ لا فيما يحتملُ أن يحصل باللفظ.

قوله: وَمَسْأَلَةُ الرَّجْعَةِ مَمْنُوعَةٌ، فهو كقوله: أنتِ طالقٌ بائنٌ عندنا، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ.

أَمَّا إِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَوْ عَنَىٰ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِهِ بَائِنٌ أَوْ أَلْبَتَّةَ أُخْرَىٰ تَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ بَائِنَتَانِ لِأَنَّ هٰذَا الوَصْفَ يَصْلُحُ لِابْتِدَاءِ الإِيقَاعِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُوصَفُ بِهٰذَا الوَصْفِ بِاعْتِبَارِ أَثَرِهِ وَهُوَ البَيْنُونَةُ فِي الحَالِ فَصَارَ كَقَوْلِهِ بَائِنٌ، (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَخْبَثَ الطَّلَاقِ أَوْ أَسْوَأَهُ) لِمَا ذَكَرْنَا، (وَكَذَا إِذَا قَالَ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ طَلَاقَ البِدْعَةِ) لِأَنَّ الرَّجْعِيَّ هُوَ السُّنِّيُّ فَيَكُونُ قَوْلُهُ: البِدْعَةَ وَطَلَاقَ الشَّيْطَانِ بَائِنًا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ بَائِنًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّ البِدْعَةَ قَدْ تَكُونُ مِنْ حَيْثُ الإِيقَاعِ فِي حَالَةِ حَيْضٍ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ يَكُونُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ هٰذَا الوَصْفَ قَدْ يَتَحَقَّقُ

قوله: أَمَّا إِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وهو قوله: ونحن نقول نيَّة الثلاث إنما صحَّت لكونه جنسًا، إلى آخره في أوائل باب إيقاع الطلاق.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ، معطوفٌ على قوله: أنتِ طالقٌ بائنٌ، أي في الأحكام الأربعة وهي فيقعُ واحدةً بائنةً إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين، ولو نوى الثلاث فثلاث، ولو عنىٰ بقوله: أنتِ طالقٌ، واحدةً وبقوله: أفحش الطلاق، أخرىٰ تقع تطليقتان، فإن قيل: إنَّ قوله: أفحش، أفعل التفضيل فيقتضي أن يكون هناكَ فاحِشٌ وهذا أفْحَشُ منه وليس هناك فاحشٌ إلا البائنَ وهذا أفْحَشُ منه فتكون ثلاثًا، قلنا: هذا الوزن مشتركٌ بين التفضيل وبين مجرَّد الإثبات، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

بِالطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الحَيْضِ فَلَا تَثْبُتُ البَيْنُونَةُ بِالشَّكِّ.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ: كَالْجَبَلِ) لِأَنَّ التَّشْبِيهَ بِهِ يُوجِبُ زِيَادَةً لَا مَحَالَةَ وَذٰلِكَ بِإِثْبَاتِ زِيَادَةِ الوَصْفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِثْلَ الجَبَلِ لِمَا قُلْنَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ الجَبَلَ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَكَانَ تَشْبِيهًا بِهِ فِي تَوَحُّدِهِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ أَوْ كَأَلْفٍ أَوْ مِلْءَ البَيْتِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ثَلَاثًا) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِالشِّدَّةِ وَهُوَ البَائِنُ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الِانْتِقَاضَ وَالِارْتِفَاضَ، أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَيَحْتَمِلُهُ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِذِكْرِهِ المَصْدَرَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ قَدْ يُرَادُ بِهٰذَا التَّشْبِيهِ فِي القُوَّةِ تَارَةً وَفِي العَدَدِ أُخْرَىٰ، يُقَالُ هُوَ كَأَلْفِ رَجُلٍ وَيُرَادُ بِهِ القُوَّةُ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَمْرَيْنِ، وَعِنْدَ فِقْدَانِهَا يَثْبُتُ أَقَلُّهُمَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ عَدَدٌ فَيُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي العَدَدِ ظَاهِرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَعَدَدِ أَلْفٍ، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَمْلَأُ البَيْتَ لِعِظَمِهِ فِي نَفْسِهِ وَقَدْ يَمْلَؤُهُ لِكَثْرَتِهِ، فَأَيُّ ذٰلِكَ نَوَىٰ صَحَّتْ نِيَّتُهُ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ الأَقَلُّ، ثُمَّ الأَصْلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَتَىٰ شَبَّهَ الطَّلَاقَ بِشَيْءٍ يَقَعُ بَائِنًا: أَيَّ شَيْءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ ذَكَرَ العِظَمَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ لِمَا مَرَّ أَنَّ التَّشْبِيهَ يَقْتَضِي زِيَادَةَ وَصْفٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِنْ ذَكَرَ العِظَمَ يَكُونُ بَائِنًا وَإِلَّا فَلَا أَيَّ شَيْءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ لِأَنَّ التَّشْبِيهَ قَدْ يَكُونُ فِي التَّوْحِيدِ عَلَى التَّجْرِيدِ، أَمَّا ذِكْرُ العِظَمِ فَلِلزِّيَادَةِ لَا مَحَالَةَ،

....

وَعِنْدَ زُفَرَ إنْ كَانَ الْمُشَبَّهُ بِهِ مِمَّا يُوصَفُ بِالْعِظَمِ عِنْدَ النَّاسِ يَقَعُ بَائِنًا وَإِلَّا فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَقِيلَ مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَبَيَانُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الإِبْرَةِ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الإِبْرَةِ وَمِثْلُ الجَبَلِ مِثْلُ عِظَمِ الجَبَلِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ عَرِيضَةً أَوْ طَوِيلَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ مَا لَا يُمْكِنُ تَدَارُكُهُ يَشْتَدُّ عَلَيْهِ وَهُوَ البَائِنُ، وَمَا يَصْعُبُ تَدَارُكُهُ يُقَالُ: لِهٰذَا الأَمْرِ طُولٌ وَعَرْضٌ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا رَجْعِيَّةً لِأَنَّ هٰذَا الوَصْفَ لَا يَلِيقُ بِهِ فَيَلْغُو، وَلَوْ نَوَى الثَّلَاثَ فِي هٰذِهِ الفُصُولِ صَحَّتْ نِيَّتُهُ لِتَنَوُّعِ البَيْنُونَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ وَالْوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ.

قوله: وَبَيَانُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الإِبْرَةِ، يقع البائن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ خاصَّةً على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، ومثل الجبل يكون بائنًا عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، ومثل عظم الجبل يكون بائنًا بالإجماع المركَّب، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لوجود التشبيه، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لوجود ذكر العظم، وعند زُفر رحمه الله تعالىٰ لكون الجبل عظيمًا عند الناس، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ

(وَإِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الوَاقِعَ مَصْدَرٌ مَحْذُوفٌ لِأَنَّ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ إِيقَاعًا عَلَىٰ حِدَةٍ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً (فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالْأُولَىٰ وَلَمْ

فصل في الطلاق قبل الدخول

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ عَلَيْهَا، وفي المبسوط: وهذا عندنا وهو قول عُمر وعلي وابن عباس وأبي هرير ة رضي الله تعالى عنهم، وقال الحسن البصري رحمه الله: تقعُ واحدةٌ بقوله: أنتِ طالقٌ، فتبين لا إلىٰ عدَّةٍ، وقوله ثلاثًا يُصادِفُها وهي أجنبية فلا يقعُ به شيءٌ كما لو قال لها: أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ، ولكنَّا نقول: الطلاقُ متى قرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد لأنَّ الموقع هو العدد، وإذا صرَّح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله: طالقٌ، قبل قوله: ثلاثًا، لا يقعُ شيء، وهذا لأنَّ الكلَّ كلمة واحدة في الحكم فإنَّ إيقاع الثلاث لا يتأتَّىٰ بعبارة أوْجَز من هذه الكلمة والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها عن بعض، بخلاف قوله: طالق وطالق وطالق، لأنَّها كلماتٌ متفرقة.

قوله: فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالْأُولَىٰ، وذلك مثل أن يقول: أنتِ طالقٌ طالقٌ طالقٌ، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ، وإنَّما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه إذا كان في آخره شرطًا واستثناءً، وقال في الإيضاح: إذا قال أنتِ طالق طالق إن دخلتِ الدَّارَ، وهي غير مدخول بِها بانت بالأولى ولم تتعلق الثانية وإن كان معطوفًا نحو أن قال:

تَقَعِ الثَّانِيَةُ وَالثَّالِثَةُ) وَذٰلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ إِيقَاعٌ عَلَىٰ حِدَةٍ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ فِي آخِرِ كَلَامِهِ مَا يُغَيِّرُ صَدْرَهُ حَتَّىٰ يَتَوَقَّفَ عَلَيْهِ فَتَقَعُ الْأُولَىٰ فِي الحَالِ فَتُصَادِفُهَا الثَّانِيَةُ وَهِيَ مُبَانَةٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا بَانَتْ بِالْأُولَىٰ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ

أنتِ طالق وطالق إن دخلتِ الدَّارَ، أو تطلق إن دخلتِ الدار تعلَّقَا جميعًا بالدخول، لأنَّ قوله أنتِ طالق من حيث أنه جزاءُ كلام قاصر يحتاج إلى ذكر الشرط ليتمَّ الكلام بمعناه فيتوقَّفُ الأوَّل والثاني على ذكر الشرط فيتعلَّقان دفعةً واحدةً، وإذا لم يوجد حرف العطف فالثاني صار فاصلاً بين الأول وبين ما ذكر من الشرط بعده فكان تنجيزًا، وكذا لو قال: أنتِ طالق واحدةً واحدةً وواحدةً وقعت واحدةً، وعند مالك رحمه الله تعالى تطلق ثلاثًا لأنَّ الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع كما إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً ونصفًا، وأنتِ طالق أحدًا وعشرين، فإن في الأولىٰ تقع ثنتان وفي الثانية تقع ثلاث، وعند زفر رحمه الله تعالى تقع واحدةً لأن المراد من نصف التطليق كمالها فكأنَّه قال: أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً، ولكنَّا نقول: هذا كله ككلام واحد معنًى لأنَّه لا يمكنه أن يعبِّر عن واحدة ونصف بعبارة أوْجَز من هذا، وكذا قوله أنتِ طالق أحدًا وعشرين، وإن قال أحد عشر تطلق ثلاثًا بالإجماع لأنَّه ليس بينهما حرف العطف فكان الكلُّ واحدًا، كذا في المبسوط، فإن قيل: الواو العاطفة لمطلق الجمع عندنا فحينئذٍ يجب أن يتوقف أوَّل الكلام على آخره في قوله: أنتِ طالقٌ واحدة وواحدة ليتحقَّق الجمع، قلنا: لو توقَّف لصار للقِرَان ولم يوضع للقِرَان، فإن قيل: لو لم يتوقَّف يصير للترتيب وهو أيضًا ليس من مذهبنا، قلنا: الواوُ لم توضع للقِرَان والترتيب ولكن لمطلق الجمع إلا أنَّه وقعَ الطلاقُ بالأوَّل لوجود الإيقاع وعدم المانع فلم يبقَ محلًّا للثَّانية.

وَاحِدَةً كَانَ بَاطِلًا) لِأَنَّهُ قَرَنَ الوَصْفَ بِالْعَدَدِ فَكَانَ الوَاقِعُ هُوَ العَدَدَ، فَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَ ذِكْرِ العَدَدِ فَاتَ المَحَلُّ قَبْلَ الإِيقَاعِ فَبَطَلَ (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا) لِمَا بَيَّنَّا وَهٰذِهِ تُجَانِسُ مَا قَبْلَهَا مِنْ حَيْثُ المَعْنَىٰ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) وَالْأَصْلُ أَنَّهُ مَتَىٰ ذَكَرَ شَيْئَيْنِ وَأَدْخَلَ بَيْنَهُمَا حَرْفَ الظَّرْفِ إِنْ قَرَنَهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِلْمَذْكُورِ آخِرًا كَقَوْلِهِ: جَاءَنِي زَيْدٌ قَبْلَهُ عَمْرٌو، وَإِنْ لَمْ يَقْرِنْهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِلْمَذْكُورِ أَوَّلًا كَقَوْلِهِ: جَاءَنِي زَيْدٌ قَبْلَ عَمْرٍو، وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي المَاضِي إِيقَاعٌ فِي الحَالِ لِأَنَّ الإِسْنَادَ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ فَالْقَبْلِيَّةُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ صِفَةٌ لِلأُولَىٰ فَتَبِينُ بِالْأُولَىٰ فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ، وَالْبَعْدِيَّةُ فِي قَوْلِهِ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ صِفَةٌ لِلْأَخِيرَةِ فَحَصَلَتِ الإِبَانَةُ بِالْأُولَىٰ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا

قوله: وَهٰذِهِ تُجَانِسُ مَا قَبْلَهَا مِنْ حَيْثُ المَعْنَىٰ، أي هذه المسائلُ الثلاث وهو قوله: أنتِ طالقٌ واحدةً فماتت قبل قوله واحدةً، وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثًا يُوافق ما قبلَها وهو قوله: فإذا طلَّق الرجل امرأته ثلاثًا قبل الدخول بِها وَقَعْنَ.

قوله: مِنْ حَيْثُ المَعْنَىٰ، أي من حيث الدليل وهو أنَّ الواقعَ فيهما جميعًا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده إلا أنَّ الحكمَ اختلف بينهما لما أنَّ ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صَادَفَ المرأةَ وهي ميتة فلم يقع الطلاق أصلاً وهناكَ لمَّا لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف.

وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ القَبْلِيَّةَ صِفَةٌ لِلثَّانِيَةِ لِاتِّصَالِهَا بِحَرْفِ الكِنَايَةِ فَاقْتَضَىٰ إِيقَاعَهَا فِي المَاضِي وَإِيقَاعَ الأُولَىٰ فِي الحَالِ، غَيْرَ أَنَّ الإِيقَاعَ فِي المَاضِي إِيقَاعٌ فِي الحَالِ أَيْضًا فَيَقْتَرِنَانِ فَيَقَعَانِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ البَعْدِيَّةَ صِفَةٌ لِلْأُولَىٰ فَاقْتَضَىٰ إِيقَاعَ الوَاحِدَةِ فِي الحَالِ وَإِيقَاعَ الأُخْرَىٰ قَبْلَ هٰذِهِ فَتَقْتَرِنَانِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ «مَعَ» لِلْقِرَانِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: مَعَهَا وَاحِدَةٌ أَنَّهُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الكِنَايَةَ تَقْتَضِي سَبْقَ المُكَنَّىٰ عَنْهُ لَا مَحَالَةَ.

(وَفِي المَدْخُولِ بِهَا تَقَعُ ثِنْتَانِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا) لِقِيَامِ المَحَلِّيَّةِ بَعْدَ وُقُوعِ الأُولَىٰ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلَتْ وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَدَخَلَتْ طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ) بِالِاتِّفَاقِ، لَهُمَا أَنَّ حَرْفَ الوَاوِ لِلْجَمْعِ المُطْلَقِ فَتَعَلَّقْنَ جُمْلَةً كَمَا إِذَا

قوله: وَفِي المَدْخُولِ بِهَا تَقَعُ ثِنْتَانِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وهذا الجواب مشكلٌ في قوله: أنتِ طالقٌ واحدةً قبل واحدةٍ، لأنَّ كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمة الله تعالى عليه في الزيادات، ألا ترىٰ إلى قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] وإلى قوله تعالى: ﴿لَنَفِدَ ٱلۡبَحۡرُ قَبۡلَ أَن تَنفَدَ كَلِمَٰتُ رَبِّي﴾ [الكهف: ١٠٩] وقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم: «خلِّلُوا أصابعكم قبل أن يتخلَّلها

نَصَّ عَلَى الثَّلَاثِ أَوْ أَخَّرَ الشَّرْطَ، وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ المُطْلَقَ يَحْتَمِلُ القِرَانَ وَالتَّرْتِيبَ، فَعَلَى اعْتِبَارِ الأَوَّلِ تَقَعُ ثِنْتَانِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ كَمَا إِذَا نَجَّزَ بِهٰذِهِ اللَّفْظَةِ فَلَا يَقَعُ الزَّائِدُ عَلَى الوَاحِدَةِ بِالشَّكِّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَّرَ الشَّرْطَ لِأَنَّهُ مُغَيِّرٌ صَدْرَ الكَلَامِ فَيَتَوَقَّفُ الأَوَّلُ عَلَيْهِ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً وَلَا مُغَيِّرَ فِيمَا إِذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ، وَلَوْ عَطَفَ

نارُ جهنَّم» وجوابه مذكورٌ في أصول الجامع، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ المُطْلَقَ يَحْتَمِلُ القِرَانَ وَالتَّرْتِيبَ، يعني الجمع المطلق وإن كان لا يتعرَّض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن أحد هذين الأمرين في الوجود والوقوع، وعلى اعتبار أن يكون مرتبًا في الوقوع لا يقعُ إلَّا واحدةً فلا تقع الثانية بالشكِّ.

قوله: كَمَا إِذَا نَجَّزَ بِهٰذِهِ اللَّفْظَةِ، بأن قال أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً فإنه تقعُ واحدةً بالاتِّفاق والمُعَلَّقُ بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط فلذلك اعتُبِر بالمُنَجَّز، فإن قيل: أليسَ أنَّه لو قال لغير المدخول بِها: إن دخلتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ واحدةً لا بل ثنتين فدخلتِ الدَّار طلقت ثلاثًا، ولو نجَّز بهذا اللفظ قبل الدخول بِها لم يقع إلَّا واحدة فعُلِمَ أنَّ الترتيب في التنجيز لا يدل على الترتيب في التعليق، وهذا لأنَّ المُنَجَّز طلاقٌ فتبيَّن بالأولىٰ قبل ذكر الثانية والمُعَلَّق ليس بطلاقٍ وإنَّما يصير طلاقًا عند الشرط، ولمَّا صحَّ تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملةً إذا لم يكن في لفظه ما يدلُّ على الترتيب، قلنا: لا بل لاستدراك الغلط بإقامة الثاني في مقام الأوَّلِ وقد صحَّ ذلك في التعليق لبقاء المحلِّ بعد ما تعلَّق الأول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطةٍ كالأولىٰ والواو للعطف على تقدير الأول فيتعلق الثاني بالشرط بواسطة الأول ولما نجَّز بلا بل بانت بالأولىٰ

بِحَرْفِ الفَاءِ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ فِيمَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ، وَذَكَرَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ وَهُوَ الأَصَحُّ.

(وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الكِنَايَاتُ لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَوْ بِدَلَالَةِ الحَالِ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلطَّلَاقِ بَلْ تَحْتَمِلُهُ وَغَيْرَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ أَوْ دَلَالَتِهِ.

قَالَ: (وَهِيَ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ وَلَا

ولم يصحَّ التكلم بالثنتين لفوات المحل.

قوله: لِأَنَّ الفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ، ففي كلامه تنصيصٌ على أنَّ الثانية تعقب الأولىٰ فتَبين بالأولىٰ لا إلى عدَّةٍ، كما لو قال بثم وبعده، بخلاف الواو، ولو قال أنتِ طالق ثم طالق ثم طالق إن كلَّمتِ فلانًا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إن كانت مدخولاً بها تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وإن لم تكن مدخولاً بها تقع واحدةً في الحال ويلغو ما بقى، فإذا قدَّم الشرط فقال إن كلمتِ فلانًا فأنتِ طالق ثم طالق ثم طالق تعلَّق الأول بالشَّرط ووقعت الثانية والثالثة إن كانت مدخولاً بها وإلَّا تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث، وعندهما تعلَّق الكل بالشرط قدَّم الشرط أو أخَّر، إلَّا أنَّ عند وجود الشرط تطلق ثلاثًا إن كانت موطوئةً وإلا تطلق واحدةً، وهذا بناءٌ على أنَّ ثُمَّ للتراخي اتفاقًا، ولكنهم اختلفوا في أثر التراخي، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وهو بمعنى الانقطاع كأنَّه سَكتَ ثم استأنفَ بعد الأول اعتبارًا بكمال التراخي، وقالا: التراخي راجعٌ إلى الوجود والحكم، فأمَّا التكلُّم فمُتَّصِلٌ.

قوله: وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الكِنَايَاتُ، ذكر في أوَّل باب إيقاع الطلاق أنَّ الطلاق علىٰ ضربين صريحٌ وكنايةٌ وقدم ذكر الصريح لأنه الأصل في الكلام ثم شرع في الكناية.

يَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةٌ، وَهِيَ قَوْلُهُ: اعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ) أَمَّا الأُولَىٰ فَلِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الِاعْتِدَادَ عَنِ النِّكَاحِ وَتَحْتَمِلُ اعْتِدَادَ نِعَمِ اللهِ تَعَالَىٰ، فَإِنْ نَوَى الأَوَّلَ تَعَيَّنَ بِنِيَّتِهِ فَيَقْتَضِي طَلَاقًا سَابِقًا وَالطَّلَاقُ يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ: فَلِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الِاعْتِدَادِ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْهُ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ وَتَحْتَمِلُ الِاسْتِبْرَاءَ لِيُطَلِّقَهَا، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ:

قوله: فَيَقْتَضِي طَلَاقًا سَابِقًا، لأنه لمَّا أمرها بالاعتداد ولم يكن واجبًا عليها قبلُ لا بُدَّ من تقديم ما يوجبه ليصحَّ الأمر به فقدَّم الطلاقَ عليه كأنه قال: طلَّقْتُكِ أو أنتِ طالق فاعتدي ضرورة صحَّة الأمر والضرورة ترتفعُ بإثبات أصل الطلاق فلا حاجة إلى إثبات وصفِ زائدٍ وهو البَيْنونة فلذلك كان الواقع به رجعيًّا، هذا بعد الدخول، وقبل الدخول جُعِلَ مستعارًا محضًا عن الطلاق لأنه سببه فاستُعِيرَ الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب إذا كان مختصًّا به، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: ٦] أي إذا أردتُّم القيامَ إليها والأفعالُ الاختياريةُ مخصوصة بالإرادة السابقة، وقال الله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف: ٣٦] أي عِنَبًا والخمر مخصوصةٌ بالعنب والاعتداد شرعًا بطريق الإصالة إنما هو في الطلاق، وأمَّا في غير الطلاق فبالعارض كالموت وحدوثِ حرمة المُصَاهَرَة وارتداد الزَّوج وغيرها.

قوله: لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْهُ، لأنَّ المقصودَ من الاعتداد طلبُ براءة الرِّحِمِ، فقوله: استبرئي رَحِمَكِ، أي تَعرَّفِي براءة رحمكِ، فيحتمل أن يريد الزَّوج بهذا طلقتكِ أو أنتِ طالق فاستبرئي رَحِمَكِ أو يريد استبرئي رحمكِ لأُطَلِّقَكِ فإذا نوى الأَوَّل كان بمنزلة قوله: اِعْتَدِّي ونوى اعتِدَاد الأقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاءً وقبل الدخول يجعلُ مستعارًا محضًا عن الطلاق استعارة الحكم لِسَبَبِه.

فَلِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ نَعْتًا لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ مَعْنَاهُ تَطْلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا نَوَاهُ جُعِلَ كَأَنَّهُ قَالَهُ، وَالطَّلَاقُ يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وَيَحْتَمِلُ غَيْرَهُ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ قَوْمِهِ، وَلَمَّا احْتَمَلَتْ هٰذِهِ الْأَلْفَاظُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ تَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَلَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ فِيهَا مُقْتَضًى أَوْ مُضْمَرٌ، وَلَوْ كَانَ مُظْهَرًا لَا تَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةٌ، فَإِذَا كَانَ مُضْمَرًا أَوْلَىٰ، وَفِي قَوْلِهِ وَاحِدَةٌ وَإِنْ صَارَ الْمَصْدَرُ مَذْكُورًا لٰكِنَّ التَّنْصِيصَ عَلَى الْوَاحِدَةِ يُنَافِي نِيَّةَ الثَّلَاثِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِعْرَابِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْعَوَامَّ لَا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وُجُوهِ الْإِعْرَابِ.

قَالَ: (وَبَقِيَّةُ الكِنَايَاتِ إِذَا نَوَىٰ بِهَا الطَّلَاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَإِنْ نَوَىٰ ثَلَاثًا كَانَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ نَوَىٰ ثِنْتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَهٰذَا مِثْلُ قَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَتْلَةٌ، وَحَرَامٌ، وَحَبْلُكِ عَلَىٰ غَارِبِكِ،

قوله: لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ فِيهَا مُقْتَضًى، أي في قوله: اعتَدِّي واستَبْرئي، علىٰ ما ذكر.

قوله: أَوْ مُضْمَرٌ، أي في قوله: أنتِ واحدةٌ، فإنَّ تقديره أنتِ طالقٌ طلقةً واحدةً.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِعْرَابِ الْوَاحِدَةِ، قيل: إنَّما يقع الطلاق إذا قال واحدةً بالنصب حتى يكون نعتًا لمصدرٍ محذوفٍ، أمَّا إذا قال واحدةٌ بالرفع لا يقعُ شيء وإن نوىٰ، وإن لم يعرب واحدةً يحتاج إلى النية، وقال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: الكلُّ على الاختلاف لأنَّ العوام لا يُمَيِّزون بين وجوه الإعراب، فلا يجوزُ بناءُ حكمٍ يرجعُ إلى العامة علىٰ هذا، وهو الصحيح.

وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَوَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ، وَسَرَّحْتُكِ، وَفَارَقْتُكِ، وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ، وَاخْتَارِي، وَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَتَقَنَّعِي، وَتَخَمَّرِي، وَاسْتَتِرِي، وَاغْرُبِي، وَاخْرُجِي، وَاذْهَبِي، وَقُومِي، وَابْتَغِي الأَزْوَاجَ) لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ) فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي القَضَاءِ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: سَوَّىٰ بَيْنَ هٰذِهِ الأَلْفَاظِ وَقَالَ: وَلَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ إِذَا كَانَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، قَالُوا: وَهٰذَا فِيمَا لَا يَصْلُحُ رَدًّا، وَالْجُمْلَةُ فِي ذٰلِكَ أَنَّ الأَحْوَالَ ثَلَاثَةٌ: حَالَةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا، وَحَالَةُ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَحَالَةُ الغَضَبِ، وَالْكِنَايَاتُ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا، وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لَا رَدًّا، وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَسَبًّا وَشَتِيمَةً، فَفِي حَالَةِ الرِّضَا لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهَا طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي إِنْكَارِ النِّيَّةِ لِمَا قُلْنَا، وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ لَا يُصَدَّقُ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَلَا يَصْلُحُ رَدًّا فِي القَضَاءِ، مِثْلُ قَوْلِهِ خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَائِنٌ بَتَّةٌ حَرَامٌ اعْتَدِّي

قوله: سَوَّىٰ بَيْنَ هٰذِهِ الأَلْفَاظِ، أي القدوري رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي إِنْكَارِ النِّيَّةِ لِمَا قُلْنَا، وهو لأنَّها تحتملُ الطلاقَ وغيره فلا بُدَّ من النية، وما يصلحُ جوابًا لا ردًّا ثمانية ألفاظٍ: خليَّة، برية، بائن، بتة، حرام، اعتدِّي، أمركِ بيدكِ، اختاري، ولكن الخمسة الأُوَل تصلح للجواب وتصلحُ للسبِّ،

أَمْرُكِ بِيَدِكِ اخْتَارِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلَاقُ عِنْدَ سُؤَالِ الطَّلَاقِ، وَيُصَدَّقُ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا مِثْلُ قَوْلِهِ: اذْهَبِي اُخْرُجِي قُومِي تَقَنَّعِي تَخَمَّرِي وَمَا يَجْرِي هٰذَا المَجْرَى، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الأَدْنَىٰ فَحُمِلَ عَلَيْهِ، وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِاحْتِمَالِ الرَّدِّ وَالسَّبِّ، إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ وَلَا يَصْلُحُ لِلرَّدِّ وَالشَّتْمِ كَقَوْلِهِ: اعْتَدِّي

والثلاثة الأُخر اعتدي، أمركِ بيدكِ، اختاري، يصلحُ للجواب لا للسبِّ [(١)]، ولكن في عدم الصلاحية للردِّ تشترك الثمانية لأنَّ الظاهر أنَّ مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والقاضي مأمورٌ باتباع الظاهر ويصدَّق فيما يصلح جوابًا وردًّا وهو سبعة: أُخْرُجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنعي، استبرئي، تَخَمَّري، أمَّا صلاحية هذه الألفاظ للردِّ أن يريد الزوج بقوله: أُخْرُجي أي أُتْرُكي سؤال الطلاق، وكذلك اذهبي واغربي، إذ اغربي من الغروب وهو البُعد، قومي أي عن طلب الطلاق، تَقَنَّعِي من القناعة أو من القناع وهو الخمار، ومعنى الردِّ فيه هو أن ينوي اقْنِعِي بما رزقكِ الله تعالىٰ مني من أمر المعيشة، واتركي سؤال الطلاق أو اشتغلي بالتقنع الذي هو أهمُّ لكِ من سؤال الطلاق إذ التقنع يُزيِّنُكِ والتكشُّف يُشيِّنكِ، وكذا قوله: استبرئي وتَخَمَّري، وهو المراد من قوله: وَمَا يَجْرِي هٰذَا المَجْرَى، وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الردِّ أو السبِّ، احتمال الردِّ في السبعة المذكورة مثل أُخْرُجي واذهبي، واحتمال السبِّ في الخمسة المذكورة التي في أوائل الثمانية وهي: خلية، برية، بائن، بتة، حرام، فقوله: أنتِ خلية، نسبة إلى الشرِّ أي خلية من الخير، برية من حُسن الخلق أو أفعال المسلمين، بتة أي لا أصلَ لكِ، أو مقطوعة عن الخيرات، بائن عن

---

(١) قوله: والثلاثة الأُخر اعتدي، أمركِ بيدكِ، اختاري يصلحُ للجواب لا للسبِّ، هكذا في (ج)، ولايوجد هذا النص في (أ) و (ب) والمطبوعتين.

وَاخْتَارِي وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهَا لِأَنَّ الْغَضَبَ يَدُلُّ عَلَىٰ إِرَادَةِ الطَّلَاقِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكِ وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكِ وَخَلَّيْتُ سَبِيلَكِ وَفَارَقْتُكِ، أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ لِمَا فِيهَا مِنِ احْتِمَالِ مَعْنَى السَّبِّ.

الخيرات، حرام الصحبة أو العشرة لسوء خُلقكِ.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ – إلى قوله – يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الغَضَبِ، إلْحَقَ أبو يوسفُ رحمه الله تعالىٰ خمسة ألفاظٍ أخرىٰ: وهي: خليتُ سبيلكِ، وفارقتكِ، ولا ملك لي عليكِ، ولا سبيل لي عليكِ، وألحقي بأهلكِ، بتلك الخمسة المذكورة التي تحتمل السبَّ لأنَّ فيها معنى السبِّ أيضًا، فقوله: لا ملكَ لي عليكِ، أي لأنَّكِ أقلُّ من أن أملِكاكِ، أو أنْسِبُكِ إلىٰ نفسي بالملك، ولا سبيل لي عليكِ لسوء خُلُقكِ واجتماع أنواع الشرِّ فيكِ وخليتُ سبيلكِ كراهةً منِّي لصحبتكِ، ولا أَلْتَفِتُ إليكِ بعد هذا لسُوء خُلُقِكِ، وفارقتكِ أي في المسكن لسُوء خُلُقكِ، والحَقي بأهلكِ بمعنى فارقتكِ، ولمَّا كان في هذه الألفاظ احتمال معنى السبِّ لسوء الخلق وحالة الغضب تدلُّ على ذلك كان مُديَّنًا في القضاء إذا قال لم أرد الطلاق، فالحاصلُ أن ألفاظ الكناية عشرون في الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب، فأمَّا بعد ذكر الطلاق فينقسمُ على قسمين: في سبعةٍ منها يُصدَّق قضاءً كما يصدق في الكلِّ قبل ذكر الطلاق وهي: اخرجي وأخواته، وفي غير السبعة لا يُصدَّقُ بعد ذكر الطلاق وهي ثلاثة عشر لفظًا: خلية، برية، بتة، بائن، حرام، اعتدي، اختاري، أمركِ بيدكِ، ويصدَّق في العشرة وهي الخسمة المذكورة في ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، والإلحاقُ المرويُّ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ روايةُ الجامع الصغير لشمس الأئمة السرخسي ورواية الإيضاح، وأمَّا رواية الجامع الصغير لفخر الإسلام

ثُمَّ وُقُوعُ البَائِنِ بِمَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الأُوَلِ مَذْهَبُنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ بِهَا رَجْعِيًّا لِأَنَّ الوَاقِعَ بِهَا طَلَاقٌ، لِأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلِهٰذَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ وَيُنْتَقَصُ بِهِ العَدَدُ، وَالطَّلَاقُ مُعْقِبٌ لِلرَّجْعَةِ كَالصَّرِيحِ، وَلَنَا أَنَّ تَصَرُّفَ الإِبَانَةِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَىٰ مَحِلِّهِ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ، وَلَا خَفَاءَ فِي الأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ، وَالدَّلَالَةُ عَلَى الوِلَايَةِ أَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَىٰ إِثْبَاتِهَا كَيْ لَا يَنْسَدَّ عَلَيْهِ بَابُ التَّدَارُكِ وَلَا يَقَعُ فِي عُهْدَتِهَا بِالْمُرَاجَعَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، وَلَيْسَتْ كِنَايَاتٍ عَلَى التَّحْقِيقِ لِأَنَّهَا عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا،

رحمه الله تعالىٰ ورواية الفوائد الظهيرية فالخمسة المروية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ملحقة بالألفاظ التي لا يُدَيَّنُ الزوج في حالة الغضب أيضًا، كما لا يُدَيَّنُ في حالة مذاكرة الطلاق وهي: اعتدي، اختاري، أمركِ بيدكِ.

قوله: وَالدَّلَالَةُ عَلَى الوِلَايَةِ أَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَىٰ إِثْبَاتِهَا، وهذا لأنَّه لو أرادَ أن لا يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصدٍ ولا ينسدُّ عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكَّنُ من ذلك إلَّا بإثبات البينونة الحقيقية لأنَّ في الغليظة إن لَم يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصدٍ بأن قبَّلَته بشهوةٍ ينسدُّ عليه باب التدارُك بالنكاح وهو يحتاجُ إلى أن يتحقَّقَ له هذان الأمران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصدٍ وعدم انسِدَاد باب التدارُك ولا يتمُّ ذلك إلا بثبوت الواحدة البائنة، وكان القياس في الصريح هكذا إلا أنَّ الرجعة بعده ثبتت نصًّا بخلاف القياس، وما ثبت بخلاف القياس نصًّا لا يلحقُ به ما ليسَ في معناه من كل وجهٍ، وهذه ليست في معناه لأنَّ تأثيرَ هذه الألفاظ في المحلِّ أكثرُ.

قوله: وَلَيْسَتْ كِنَايَاتٍ عَلَى التَّحْقِيقِ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ لأنَّها كِنايات عن الطلاق.

وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ أَحَدِ نَوْعَيِ الْبَيْنُونَةِ دُونَ الطَّلَاقِ، وَانْتِقَاصُ الْعَدَدِ لِثُبُوتِ الطَّلَاقِ بِنَاءً عَلَىٰ زَوَالِ الْوَصْلَةِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِيهَا لِتَنَوُّعِ الْبَيْنُونَةِ إِلَىٰ غَلِيظَةٍ وَخَفِيفَةٍ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ الْأَدْنَىٰ، (وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الِاثْنَتَيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ) لِأَنَّهُ عَدَدٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: اعْتَدِّي اعْتَدِّي اعْتَدِّي وَقَالَ: نَوَيْتُ بِالْأُولَىٰ طَلَاقًا وَبِالْبَاقِي حَيْضًا دِينَ فِي الْقَضَاءِ) لِأَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَلِأَنَّهُ يَأْمُرُ امْرَأَتَهُ فِي الْعَادَةِ بِالِاعْتِدَادِ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ (وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَنْوِ بِالْبَاقِي شَيْئًا فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا نَوَىٰ بِالْأُولَىٰ الطَّلَاقَ صَارَ الْحَالُ

قوله: وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ أَحَدِ نَوْعَيِ الْبَيْنُونَةِ، المرادُ من أحد نوعي البينونة هنا البينونةُ عن النكاح وعن غيره لا البينونةُ عن النكاح خفيفةً وغليظةً، هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالى أنه يشترط نية الطلاق، ولولا أنَّ الواقعَ طلاقًا لما احتيج إلى نية الطلاق، أو هو جوابٌ لسؤالٍ يرد على قولنا: وليست كنايات، وهو أنَّها لو لم تكن كنايات لما احتيج إلى النية فقال: شرطت النية لتعيين أحد أنواع البينونة لما تَزَاحَمَت جهات البينونة.

قوله: وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، جوابُ سُؤالٍ أيضًا وهو أنَّ لفظ البائن لو كان عاملاً بنفسه لما صحَّ نية الثلاث عندكم كما لا تصحُّ نية الثلاث في قوله: أنتِ طالقٌ، عندكم لأنه عاملٌ بنفسه، قلنا: صحَّ نية الثلاث لتنوُّع البينونة إلى خفيفةٍ وغليظةٍ.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، إشارةٌ إلى قوله في أوائل باب إيقاع الطلاق: ونحن نقول نية الثلاث إنما صحَّت لكونِها جنسًا، إلى آخره.

قوله: وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَنْوِ بِالْبَاقِي شَيْئًا فَهِيَ ثَلَاثٌ، لأنه لمَّا نوىٰ بالأولىٰ وقوعَ الطلاق

حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ فَتَعَيَّنَ البَاقِيَانِ لِلطَّلَاقِ بِهٰذِهِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُصَدَّقُ

صار الحالُ حالَ مذاكرة الطلاق فتعيَّن الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية أي قضاءً ويصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، كما إذا قال نويتُ بالكلِّ تطليقةً واحدةً فهي كذلك فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وأمَّا في القضاء فهي ثلاث لأنه لمَّا نوى الطلاقَ بِهنَّ صار كأنَّه قال أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ، ولو قال ذلك وقال عنيتُ به التكرارَ صُدِّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولا يصدق في القضاء لأنَّ التكرارَ يدخل في الكلام فكان محتملَ كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لأنه لا يفيد والقاضي مَأْمورٌ باتباع الظاهر والله تعالىٰ مُطَّلِعٌ على ضميره فيُدَيَّنُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولا يصدق قضاءً، فإن قيل: ينبغي أن لا يقع في قوله: لم أنو بالباقي شيئًا، لأنَّ الكلامَ متى أمكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز وإن كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عُرِفَ في مسئلة: لا أَشْرَبُ الماءَ، ونوىٰ شُربَ جميع المياه لا يحنث أبدًا وهنا أمكن حمله على الحقيقة لوجوب العدَّة فالظَّاهر إرادتها فأَوْلىٰ أن لا يقع، قلنا: لمَّا أرادَ بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن إلى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة أيضًا.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى والإمام قاضي خان رحمه الله تعالى هذه المسئلة على اثنى عشر وجهًا: أحدها: أن يقول: لم أنْوِ الطلاق بشيءٍ منها، وفي هذا كان القولُ قوله كما لو ذكر ذلك مرَّةً، والثانِي: أن يقول: نويتُ بالأولى الطلاقَ ولم أنو بالباقيتين شيئًا، أو يقول: نويتُ بالأولى والثانية الطلاقَ ولم أنو بالثالثة شيئًا، أو يقول: نويتُ بالكلمات كلها الطلاقَ، ففي هذه الوجوه تطلق ثلاثًا لأنه لما نوىٰ بالأولى الطلاقَ صار الحالُ حالَ مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقًا نوىٰ أو لم ينو، لأنَّ الأولىٰ رجعيٌّ فيلحقه الباقي، والخامس: وإذا قال: نويتُ بالأولىٰ الطلاقَ وبالباقيتين الحيضَ فهو مُدَيَّنٌ في القضاء لما ذُكر في الكتاب، والسادس: أن يقول: نويتُ بالأولىٰ والثانية الطلاقَ وبالثالثة الحيضَ فهو يُدَيَّن أيضًا في القضاء وتطْلُق ثنتين لما قلنا، والسابع: أن

فِي نَفْيِ النِّيَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: لَمْ أَنْوِ بِالْكُلِّ الطَّلَاقَ حَيْثُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَا ظَاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: نَوَيْتُ بِالثَّالِثَةِ الطَّلَاقَ دُونَ الأُولَيَيْنِ حَيْثُ لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الحَالَ عِنْدَ الأُولَيَيْنِ لَمْ تَكُنْ حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ يُصَدَّقُ الزَّوْجُ عَلَىٰ نَفْيِ النِّيَّةِ إِنَّمَا يُصَدَّقُ مَعَ اليَمِينِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الإِخْبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَمِينِ مَعَ اليَمِينِ.

يقول: نويتُ بالأولى الطلاقَ وبالثالثة الحيضَ ولم أنو بالثانية شيئًا فإنَّها تطلقُ ثنتين في هذين الوجهين لأنه لمَّا صار الحالُ حالَ مذاكرة الطلاق فكلُّ لفظٍ لم ينو فيه شيئًا فهو طلاق، وإن قال: لم أنو بالأولىٰ والثانية شيئًا وعنيتُ بالثالث الطلاق فإنه طلاقٌ واحدٌ لأنه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الأولى والثانية فلا يقعُ بهما شيء وإنَّما يقع بالثالثة لأجل النية، وكذا لو قال: لم أنو بالأولى شيئًا ونويتُ بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيضَ، فهي واحدةٌ، والحادي عشر: هو أن يقول: لم أنو بالأولىٰ شيئًا ونويتُ بالثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيئًا فهي ثنتان لأنه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الأولى فلا يقعُ بها شيء والثانية صارت طلاقًا بالنية والثالثة ذكرت حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقًا، والثاني عشر: إذا قال: اعتدي ثلاثًا، وقال: نويتُ بالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال في القضاء، أما نية الطلاق في قوله: اعتدي، صحيحٌ لما قلنا ويلزمها الاعتداد بثلاث حيض فكان الظاهر شاهدًا فيما نوىٰ، ونصب الثلاث دلَّ علىٰ ذلك كأنه قال: بثلاث حيضٍ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

بَابُ تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ

فَصْلٌ فِي الِاخْتِيَارِ

(وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: اخْتَارِي يَنْوِي بِذَٰلِكَ الطَّلَاقَ أَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَك فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَٰلِكَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا) لِأَنَّ الْمُخَيَّرَةَ لَهَا الْمَجْلِسُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَجْمَعِينَ، وَلِأَنَّهُ تَمْلِيكُ الفِعْلِ مِنْهَا، ....

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

قوله: لِأَنَّ الْمُخَيَّرَةَ لَهَا الْمَجْلِسُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، رُوِيَ عن عُمر وعُثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله تعالى عنهم قالوا في الرجل يخيِّر امرأته: أنَّ لها الخيار ما دام في مجلسها ذلك، فإذا قامت من مجلسها فلا خيارَ لها.

قوله: وَلِأَنَّهُ تَمْلِيكُ الفِعْلِ مِنْهَا، فإن قيل: ينبغي أن لا يبقىٰ للزوج ولاية التطليق بعد التمليك كما في تمليك الأعيان، قلنا: هذا الملك ثابت بطريق الضرورة إذ من المحال أن يقوم ملكُ التَّطْليق القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقومُ بِها مثل ما قامَ به

وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي المَجْلِسِ كَمَا فِي البَيْعِ، لِأَنَّ سَاعَاتِ المَجْلِسِ أُعْتُبِرَتْ سَاعَةً وَاحِدَةً، إِلَّا أَنَّ المَجْلِسَ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالذَّهَابِ عَنْهُ وَتَارَةً بِالِاشْتِغَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ، إِذْ مَجْلِسُ الأَكْلِ غَيْرُ مَجْلِسِ المُنَاظَرَةِ وَمَجْلِسُ القِتَالِ غَيْرُهُمَا (وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لِأَنَّ المُفْسِدَ هُنَاكَ الِافْتِرَاقُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ فِي قَوْلِهِ: اخْتَارِي لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَخْيِيرَهَا فِي نَفْسِهَا وَيَحْتَمِلُ تَخْيِيرَهَا فِي تَصَرُّفٍ آخَرَ غَيْرِهِ (فَإِنِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ اخْتَارِي كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقَعَ بِهٰذَا شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ الطَّلَاقَ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِيقَاعَ بِهٰذَا اللَّفْظِ فَلَا يَمْلِكُ

فصار بمنزلة التوكيل حيث بقيت الولاية للموكل، وكان القياس أن يبقى بعد المجلس إلا أنَّه اقتصرَ على المجلس لِمَا ذكرنا من إجماع الصحابة رضي الله عنهم، على أنَّا نقول: التضايُقُ إنَّما يكون في الأعيان المحسوسة فإنَّ العين المحسوسة إذا كان كله مملوكًا لأحدٍ استحالَ الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب، فأمَّا لا تضايق في الولايات الشرعية ألا ترىٰ أنَّ الأخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج أختهما كملاً.

قوله: وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي المَجْلِسِ، وإنَّما كان كذلك دفعًا لضرر الملك، وهذا لأنَّ الزوج إنما خيَّرها لتظهرُ رغبتها فيه من رغبتها عنه، وكذا البائعُ يَتَضَرَّرُ بخيار القبول بعد مُرور الأيَّام إذ البائع لا يطلب مشتريًا آخر اعتمادًا على قبوله.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِيقَاعَ بِهٰذَا اللَّفْظِ، حتى لو قال: اختَرْتُكِ من نفسي أو اختَرْتُ

التَّفْوِيضَ إِلَىٰ غَيْرِهِ إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنْ أَنْ يَسْتَدِيمَ نِكَاحَهَا أَوْ يُفَارِقَهَا فَيَمْلِكُ إِقَامَتَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي حَقِّ هٰذَا الحُكْمِ، ثُمَّ الوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ لِأَنَّ اخْتِيَارَهَا نَفْسَهَا بِثُبُوتِ اخْتِصَاصِهَا بِهَا وَذٰلِكَ فِي البَائِنِ (وَلَا يَكُونُ ثَلَاثًا وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذٰلِكَ) لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ لَا يَتَنَوَّعُ، بِخِلَافِ الإِبَانَةِ لِأَنَّ البَيْنُونَةَ قَدْ تَتَنَوَّعُ.

نفسي منكِ لا يقعُ شيء.

قوله: ثُمَّ الوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ، وهو قول علي رضي الله تعالىٰ عنه، وعلى قول عُمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما واحدةٌ رجعيةٌ، وعلى قول زيد رضي الله تعالى عنه إذا اختارت نفسها فثلاثٌ، فكأنَّه حمل هذا على أتمّ ما يكون من الاختيار، وعُمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما حملاه على أدنىٰ ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية، ولكنَّا نأخُذُ في هذا بقول علي رضي الله تعالى عنه، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا يَكُونُ ثَلَاثًا وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذٰلِكَ، لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ لَا يَتَنَوَّعُ، لأنه ينبيء عن الخلوص والصفوة وذلك لا يتنوَّعُ لأنَّ الصفوةَ إذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا تزْدَادُ هي بانضمام شيء آخر به، ولأنَّ الاختيار اسمٌ لفعلٍ خاصٍّ وهو الخلوص وثبوت البينونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص والصَّفْوة فلم يصحَّ فيه نية العموم، ولأنه إنَّما صارَ طلاقًا بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا خلافَ في الواحدة فثبتت بخلاف الإبانة لأنَّ البينونة تَتَنوَّع إلى غليظةٍ وخفيفةٍ وبخلاف الأمر باليد فإنَّ الأمرَ اسمٌ عامٌّ يتناول كل شيءٍ، قال الله تعالى: ﴿وَٱلۡأَمۡرُ يَوۡمَئِذٖ لِّلَّهِ﴾ [الانفطار: ١٩] أراد الأشياءَ كلَّها، وبخلاف قوله: طلقي نفسكِ، فإنه مختصرُ قوله: افعلي فعلَ الطلاق فكان هو محتملاً للعموم والخصوص، فإذا نوى الثلاثَ فقد نوى العمومَ فيصحُّ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ أَوْ فِي كَلَامِهَا، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ عُرِفَ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ فِي الْمُفَسَّرَةِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّ الْمُبْهَمَ لَا يَصْلُحُ تَفْسِيرًا لِلْمُبْهَمِ الْآخَرِ وَلَا تَعْيِينَ مَعَ الْإِبْهَامِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ كَلَامَهُ مُفَسَّرٌ، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَيَتَضَمَّنُ إِعَادَتَهُ (وَكَذَا لَوْ قَالَ اخْتَارِي اخْتِيَارَةً فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ) لِأَنَّ الْهَاءَ فِي الِاخْتِيَارَةِ تُنْبِئُ عَنِ الِاتِّحَادِ وَالِانْفِرَادِ، وَاخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّةً وَيَتَعَدَّدُ أُخْرَىٰ فَصَارَ مُفَسَّرًا مِنْ جَانِبِهِ.

(وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا نَوَى الزَّوْجُ) لِأَنَّ كَلَامَهَا مُفَسَّرٌ، وَمَا نَوَاهُ الزَّوْجُ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ كَلَامِهِ (وَلَوْ

قوله: وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ، أي نفس المرأة أو ما يقوم مقام ذكر النفس من التطليقة أو الاختيار أو ما يكون كنايةً عن ذلك في كلامه أو كلامها بأن قال لها الزوجُ: اختاري نفسكِ، أو قال لها: اختاري اختيارةً، وقالت: اخترتُ أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواجَ، وكان القياس في قولها اخترتُ أبي أو أمي أن لا يقع شيء لأنه لم يوجد في لفظها ما يدل على اختيار البينونة لكنَّا نَسْتَحْسِنُ فنُوقِعُ لأنَّ الزوجَ لو قال لها: الحَقِي بأهلكِ ونوى الطلاقَ يكون طلاقًا فكذلك اختيارُها الانضمامَ إليهم اختيارَ البينونة، كذا في الإيضاح.

قوله: وَاخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّةً، بأن قال لها اختاري نفسكِ بطلقةٍ ويتعدَّدُ أخرىٰ بأن قال لها طلقي نفسكِ بما شئتِ أو اختاري نفسكِ بثلاث تطليقاتٍ والتفرُّدُ والتعدُّدُ من خواص الطلاق أمَّا اختيارها زوجها فإنه لا يتعدَّد لأنه عبارة عن

قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: أَنَا أَخْتَارُ نَفْسِي فَهِيَ طَالِقٌ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَطْلُقَ لِأَنَّ هٰذَا مُجَرَّدُ وَعْدٍ أَوْ يَحْتَمِلُهُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ: أَنَا أُطَلِّقُ نَفْسِي، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ حَدِيثُ «عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - فَإِنَّهَا قَالَتْ لَا بَلْ أَخْتَارُ اللهَ وَرَسُولَهُ» اعْتَبَرَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَوَابًا مِنْهَا، وَلِأَنَّ هٰذِهِ الصِّيغَةَ حَقِيقَةٌ فِي الحَالِ وَتَجُوزُ فِي الِاسْتِقْبَالِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاءِ الشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ، بِخِلَافِ قَوْلِهَا: أُطَلِّقُ نَفْسِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الحَالِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحِكَايَةٍ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ، وَلَا كَذٰلِكَ قَوْلُهَا: أَنَا أَخْتَارُ نَفْسِي لِأَنَّهُ حِكَايَةٌ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا، وَلَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ الأُولَىٰ أَوِ الوُسْطَىٰ أَوِ الأَخِيرَةَ طَلُقَتْ ثَلَاثًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ

إبقاء النكاح وهو غير متعدد.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ حَدِيثُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، وهو ما رُوِيَ لمَّا نزل قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية، بدأ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بعائشة رضي الله تعالى عنها فقال لها: «إنِّي مُخَيِّرُكِ فلا تُجيبيني حتَّىٰ تَسْتَأْمِرِي أبَوَيْكِ» ثم أخبرها بالآية فقالت: أفِي هذا اسْتَأْمِرُ أبَوَيَّ؟ لا! بَلْ أَخْتَارُ اللهَ وَرَسُولَهُ، وجعل رسول الله عليه الصلاة والسلام هذا الكلامَ منها رضي الله تعالى عنها إيجابًا، بخلاف قولها: أُطَلِّقُ نفسي، لأنه تعذَّر حمله على الحال لأنه ليسَ حكايةٍ عن حالةٍ قائمةٍ لأنه لا حال ههنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل أنَّ الإيقاع باللسان دون القلب فلم يصحَّ فعلُ اللسان حكايةً عن فعلٍ قائمٍ باللسان على سبيلِ الحال

رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ نِيَّةِ الزَّوْجِ (وَقَالَا: تَطْلُقُ وَاحِدَةً) وَإِنَّمَا لَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ نِيَّةِ الزَّوْجِ لِدَلَالَةِ التَّكْرَارِ عَلَيْهِ إِذِ الِاخْتِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ لَهُمَا إِنْ ذَكَرَ الأُولَىٰ، وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ إِنْ كَانَ لَا يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ التَّرْتِيبُ يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ الإِفْرَادُ فَيُعْتَبَرُ فِيمَا يُفِيدُ، وَلَهُ أَنَّ هٰذَا وَصْفٌ لَغْوٌ لِأَنَّ المُجْتَمِعَ فِي المِلْكِ لَا تَرْتِيبَ فِيهِ كَالْمُجْتَمِعِ فِي المَكَانِ، وَالْكَلَامُ لِلتَّرْتِيبِ وَالْإِفْرَادُ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، فَإِذَا لَغَا فِي حَقِّ

لأنه معدومٌ بعدُ والحكاية تقتضي وجودَ المحكي عنه.

قوله: كَالْمُجْتَمِعِ فِي المَكَانِ، فالقوم إذا اجتمعوا في مكانٍ لا يُقال: هذا أوَّل وهذا آخر، وإنَّما الترتيبُ في فعل الأعيان يقال: هذا جاءَ أوَّلاً وهذا جاء آخرًا فإذا لغا ذلك بقى قولها اِخترْتُ، ولأنَّ الأولىٰ والوُسطىٰ كما يصلح نعتًا للتطليقةِ يصلح نعتًا للاختيارة الحاصلة منها، ولو اقتصرت على قولها اخترتُ كان جوابًا للكلِّ فلا يتغيَّر ذلك بكلامٍ محتملٍ، بخلاف ما لو اختارت التطليقةَ لأنَّ التطليقة لا تتناولُ الثلاث فإذا لغا ذلك في حقِّ الأصل وهو الترتيبُ لغا في حقِّ البناء وهو الإفراد بقى قولها اخترتُ وهو يصلح جوابًا للكلِّ فيقع الثلاث، فإن قيل: فإذا لغا في حقِّ الترتيب لِعَدم امكانه فلِمَ يلغو في حقِّ الإفراد وهو ممكنٌ؟ قلنا: الكلام وُضِعَ للترتيب والإفراد ثبت ضِمنًا وضرورةً فمتىٰ لغا الأصل لغا ما في ضمنه ضرورةً، فإن قيل: فينبغي أن لا يقع شيء لأنه لمَّا لغا ذكرُ التَّرتيب بقي قولها اخترتُ وبهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم تقل اخترتُ نفسي، قلنا: هذا إذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدلُّ على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه ما يدلُّ على ذلك وهو قوله: اختاري، ثلاثَ مرَّاتٍ، وقيل: لا بُدَّ من ذكر النفس وإنَّما حذف لشهرته لأنَّ غرض محمد رحمه الله تعالى التفريعَ دون بيان صحة الجواب.

الأَصْلِ لَغَا فِي حَقِّ البِنَاءِ (وَلَوْ قَالَتِ اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً فَهِيَ ثَلَاثٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَتْ بِهَا وَلِأَنَّ الِاخْتِيَارَةَ لِلتَّأْكِيدِ وَبِدُونِ التَّأْكِيدِ تَقَعُ الثَّلَاثُ فَمَعَ التَّأْكِيدِ أَوْلَىٰ (وَلَوْ قَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ هٰذَا اللَّفْظَ يُوجِبُ الِانْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ العِدَّةِ.

فَصْلٌ فِي الأَمْرِ بِالْيَدِ

(وَإِنْ قَالَ لَهَا أَمْرُكِ بِيَدِكِ فِي تَطْلِيقَةٍ أَوِ اخْتَارِي تَطْلِيقَةً فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا

قوله: فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، لِأَنَّ هٰذَا اللَّفْظَ يُوجِبُ الِانْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ العِدَّةِ، ومثله في بعض نُسخ الجامع الصغير، والصوابُ أنَّه لا يملك الرجعةَ، وهكذا ذكر في الجامع الكبير لأنَّ الاعتبار لجانب التفويض، ألا ترىٰ أنَّه لو أمرها بطلاقٍ يملكُ الرجعة فطلقت بائنةً أو أمرها بالبائن فطلَّقت رجعيةً وقعَ ما أمرَ به الزوج.

فصل في الأمر باليد

قوله: وَإِنْ قَالَ لَهَا أَمْرُكِ بِيَدِكِ فِي تَطْلِيقَةٍ أَوِ اخْتَارِي تَطْلِيقَةً فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، أي قالت اخترتُ نفسي فهي واحدةٌ يملكُ الرجعةَ لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقةٍ وهي معقَّبة للرجعة، فإن قيل: قوله أمركِ بيدكِ أو اختاري يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنه إلىٰ غيرها؟ قلنا: لمَّا قرنه بالصريح علم أنه أراد به الرجعيّ، كما لو قرن الصريحَ بالبائن بأن قال: أنتِ طالقٌ بائنٌ فإنه يتبيَّن به أنَّه أرادَ به البائن، فإن قيل: لو كان جعل لها الاختيار

فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهَا الِاخْتِيَارَ لٰكِنْ بِتَطْلِيقَةٍ وَهِيَ مُعْقِبَةٌ لِلرَّجْعَةِ بِالنَّصِّ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكِ بِيَدِكِ يَنْوِي ثَلَاثًا فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ يَصْلُحُ جَوَابًا لِلْأَمْرِ بِالْيَدِ لِكَوْنِهِ تَمْلِيكًا كَالتَّخْيِيرِ، وَالْوَاحِدَةُ صِفَةٌ لِلِاخْتِيَارَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهَا قَالَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ وَبِذٰلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَوْ قَالَتْ: قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ أَوِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ الوَاحِدَةَ نَعْتٌ لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ وَهُوَ فِي الأُولَى الِاخْتِيَارَةُ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَةُ إِلَّا

بتطليقةٍ كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله: طَلِّقي نفسك، وقد ذكرنا أنَّ قولها اخترتُ لا يصلح جوابًا لقوله طلقي نفسكِ، قلنا: آخرُ كلامه لمَّا صار تفسيرًا للأوَّل كان العامل هو المفسَّر والمفسِّر هو الآمر باليد والتخيير، وقولها اخترتُ يصلح جوابًا لذلك، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير، والله تعالىٰ أَعْلَمُ بالصواب.

قوله: وَهُوَ فِي الأُولَى الِاخْتِيَارَةُ، وهو قولها قد اخترتُ نفسي بواحدةٍ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَةُ، وهو قولها قد طلَّقْتُ نفسي بواحدةٍ، وإنَّما كان كذلك لأنَّ الواحدةَ صفةٌ فلا بُدَّ لها من موصوفٍ وهو محذوفٌ فوجبَ إثبات ذلك على حسب ما يدلُّ عليه المذكور السابق، والمذكور السابق في الأولىٰ قولها اخترتُ فيجب إثبات الاختيارة التي تدلُّ عليها اخترتُ وفي الثانية طُلِّقَت فيجب إثبات التطليقة، ولا يجوز أن يكون الموصوف المرَّة على معنى طلقتُ نفسي مرَّةً واحدةً لأنَّه لا دليلَ عليه، فإن قيل: يدلُّ عليه قوله: أمركِ بيدكِ إذ هو التفويض العام؟ قلنا: إثباتُ التطليقة أولىٰ لكونها متيقنًا بها.

أَنَّهَا تَكُونُ بَائِنَةً لِأَنَّ التَّفْوِيضَ فِي البَائِنِ ضَرُورَةُ مِلْكِهَا أَمْرَهَا، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَتَصِيرُ الصِّفَةُ المَذْكُورَةُ فِي التَّفْوِيضِ مَذْكُورَةً فِي الإِيقَاعِ وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي قَوْلِهِ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَالْخُصُوصَ وَنِيَّةُ الثَّلَاثِ نِيَّةُ التَّعْمِيمِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: اخْتَارِي لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ وَإِنْ رَدَّتِ الأَمْرَ فِي يَوْمِهَا بَطَلَ أَمْرُ ذٰلِكَ اليَوْمِ وَكَانَ الأَمْرُ بِيَدِهَا بَعْدَ غَدٍ) لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكْرِ وَقْتَيْنِ بَيْنَهُمَا وَقْتٌ مِنْ جِنْسِهِمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الأَمْرُ إِذْ ذِكْرُ اليَوْمِ بِعِبَارَةِ الفَرْدِ لَا يَتَنَاوَلُ اللَّيْلَ فَكَانَا أَمْرَيْنِ فَبِرَدِّ أَحَدِهِمَا لَا يَرْتَدُّ الآخَرُ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ، قُلْنَا: الطَّلَاقُ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْقِيتَ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ يَحْتَمِلُهُ، فَيُوَقَّتُ الأَمْرُ بِالْأَوَّلِ وَجَعَلَ الثَّانِيَ أَمْرًا مُبْتَدَأً (وَلَوْ قَالَ أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ

قوله: لِأَنَّ التَّفْوِيضَ فِي البَائِنِ ضَرُورَةُ مِلْكِهَا أَمْرَهَا، أي الزوج مَلَّكَها أمرَها بقوله: أمركِ بيدكِ، ولا تملك أمرها إلَّا إذا فوَّض إليها البائنَ فيصيرُ التفويضُ في البائن ضرورةً.

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ، وقوله بعد ذلك: إِذْ ذِكْرُ اليَوْمِ بِعِبَارَةِ الفَرْدِ لَا يَتَنَاوَلُ اللَّيْلَ، تعليل لقوله: لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ، ولمَّا كان بينهما وقتٌ من جنسهما لم يتناوله الأمر عُلِمَ أنَّه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتدادُ الأمر الأوَّل فاقتضى ضرورةَ إيجاب أمرٍ آخر، فأمَّا إذا قال وغدًا فأحدُ الوقتين متَّصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد

وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذٰلِكَ، فَإِنْ رَدَّتِ الأَمْرَ فِي يَوْمِهَا لَا يَبْقَى الأَمْرُ فِي يَدِهَا فِي غَدٍ) لِأَنَّ هٰذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَ الوَقْتَيْنِ المَذْكُورَيْنِ وَقْتٌ مِنْ جِنْسِهِمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الكَلَامُ وَقَدْ يَهْجُمُ اللَّيْلُ وَمَجْلِسُ المَشُورَةِ لَا يَنْقَطِعُ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ فِي يَوْمَيْنِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا إِذَا رَدَّتِ الأَمْرَ فِي اليَوْمِ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا غَدًا لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الأَمْرِ كَمَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الإِيقَاعِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّهَا إِذَا

لامتداد حكم الأمر إليه فلا يثبتُ به الأمر الآخر إذ لا ضرورةَ فيه.

قوله: وَقَدْ يَهْجُمُ اللَّيْلُ وَمَجْلِسُ المَشُورَةِ لَا يَنْقَطِعُ، يريدُ به أن تَخَلُّل اللَّيلة لا يجعلهما مدَّتين لأنَّ القومَ قد يجلسون للمشورة فيهجمُ اللَّيل ولا تنقطع مَشُورَتُهم ومجلسهم، وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: إذا قال أمركِ بيدكِ اليومَ وبعد غدٍ فإنَّه أمرٌ واحدٌ، كما إذا قال أنتِ طالق اليوم وبعد غدٍ، قلنا: الأمر باليد يحتمل التوقيتَ فيُوَقَّتُ الأمرَ الأوَّلَ بالوقت الأوَّل وجعل الثَّاني أمرًا مبتدءًا لأنه يتخلَّلُ بينهما ما ليسَ بوقتٍ للأمر فبَرَدِّ الأول لا يرتدُّ الثاني والطلاق لا يحتمل التوقيت وجاز أن يكون في اليوم وبعد غدٍ بطلاقٍ واحدٍ فلا يحتاج إلىٰ طلاق آخر.

قوله: لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الأَمْرِ كَمَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الإِيقَاعِ، أي ليسَ للمرأة أن تقول: لا أقبلُ الأمْرَ باليد فيكون الأمر في يدها من غير قبول منها فلا يَرْتَدُّ بردِّها كما أنَّه ليسَ لها أن تقول: لا أقْبَلُ إيقاعَ الطلاق بل يقعُ عليها من غير قبولها فلا يرتدُّ بردِّها، جعل ردُّها الأمرَ في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس أو اشتغالها بعملٍ آخر، وجه ظاهر الرواية أنَّ الوقتَ المذكور هٰهنا بمنزلة المجلس في قوله: أمركِ بيدكِ مطلقًا، وهناك لو اختارت زوجَها خرج الأمر من يدِها، وإن بقي المجلس فهٰهُنا إذا اختارت زوجها يخرج الأمر من يدها أيضًا،

اخْتَارَتْ نَفْسَهَا اليَوْمَ لَا يَبْقَىٰ لَهَا الخِيَارُ فِي الغَدِ، فَكَذَا إِذَا اخْتَارَتْ زَوْجَهَا بِرَدِّ الأَمْرِ لِأَنَّ المُخَيَّرَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ لَا يَمْلِكُ إِلَّا اخْتِيَارَ أَحَدِهِمَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ غَدًا أَنَّهُمَا أَمْرَانِ لِمَا أَنَّهُ ذَكَرَ لِكُلِّ وَقْتٍ خَبَرًا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

(وَإِنْ قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلَانٌ فَقَدِمَ فُلَانٌ فَلَمْ تَعْلَمْ بِقُدُومِهِ حَتَّىٰ جَنَّ اللَّيْلُ فَلَا خِيَارَ لَهَا) لِأَنَّ الأَمْرَ بِالْيَدِ مِمَّا يَمْتَدُّ فَيَحْمِلُ اليَوْمَ المَقْرُونَ بِهِ عَلَىٰ بَيَاضِ النَّهَارِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ فَيُتَوَقَّتُ بِهِ ثُمَّ يَنْقَضِي بِانْقِضَاءِ وَقْتِهِ (وَإِذَا جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا أَوْ خَيَّرَهَا فَمَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ فَالْأَمْرُ فِي يَدِهَا مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ) لِأَنَّ هٰذَا تَمْلِيكُ التَّطْلِيقِ مِنْهَا لِأَنَّ المَالِكَ مَنْ يَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهِ وَهِيَ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ وَالتَّمْلِيكُ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَسْمَعُ يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهَا ذٰلِكَ،...............

وهذا لأنَّ لها الخيار بين أن تختار نفسَها بإيقاع الطلاق وبين أن تختار زوجها بردِّ الأمر، ولو اختارت نفسَها طُلِّقَت ولم يبق لها خيارٌ في الغد فكذلك إذا اختارت زوجَها لا يبقىٰ لها الخيار في الغد، وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه: إذا قال أمركِ بيدكِ اليومَ وأمركِ بيدكِ غدًا أنَّهما أمران حتى إذا اختارت زوجَها اليوم ثم جاء الغد لها أن تختار نفسَها، جَعَلَ شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالىٰ عليه هذه الروايةَ صحيحةً.

قوله: وَإِنْ قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلَانٌ ... وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، أي في فصل إضافة الطلاق.

وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْمَعُ فَمَجْلِسُ عِلْمِهَا وَبُلُوغِ الخَبَرِ إِلَيْهَا) لِأَنَّ هٰذَا تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ مَا وَرَاءَ المَجْلِسِ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهُ لِأَنَّ التَّعْلِيقَ لَازِمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّـهُ تَمْلِيكٌ مَحْضٌ لَا يَشُوبُهُ التَّعْلِيقُ، وَإِذَا اُعْتُبِرَ مَجْلِسُهَا فَالْمَجْلِسُ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالتَّحَوُّلِ وَمَرَّةً بِالْأَخْذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا فِي الخِيَارِ، وَيَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ

قوله: وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْمَعُ فَمَجْلِسُ عِلْمِهَا وَبُلُوغِ الخَبَرِ إِلَيْهَا لِأَنَّ هٰذَا تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ، فإن قيل: لمَّا كان فيه من معنى التعليق ينبغي أن لا يعتبر مجلسها كما لا يُعتبَر مجلس الزوج وبالنظر إلى معنى التمليك كان ينبغي أن لا يتوقَّت، قلنا: التمليكُ فيه معتبَر بتمليك المنافع كالإجارة والعارية لا بتمليك الأعْيان كالبيع والهبَّة فإنَّ الإجارةَ والعاريةَ قابلةٌ للتوقيت وإن كانت للتمليك فكذا هنا، ولمَّا لم يكن في الأمر المطلق توقيتٌ يُراعىٰ وجوده اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار علىٰ مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبةً عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ، حيث لا يتوقَّفُ فيه الإيجاب علىٰ ما وراء المجلس ويعتبَر مجلس البائع ويصحُّ رجوعه قبل القبول لأنَّه تمليكٌ محضٌ لا يشوبه التعليق.

قوله: وَمَرَّةً بِالْأَخْذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ، أي عمل يُعَرَّف به أنه قطع لِمَا كان فيه لا نفسُ العمل، حتى لو شَرِبَت ماءً لا يبطل الأمر لأنَّها قد شربت لتتمكن من الكلام، ففي حال المشاجرة والخصام قد يجفُّ الفم فلا يقدر على الكلام ما لم يشرب فلا يكون ذا دليل الاعراض، وكذلك إن أكلت شيئًا يسيرًا من غير أن يدعوا لطعامٍ، أو لبست ثيابَها من غير أن تقوم من ذلك المجلس، أو سبَّحَت أو قرأت آيةً أو كانت في مكتوبةٍ فأتمَّت أو في تطوُّعٍ فأتمَّتِ الشفع، ولو شرعت في شفع آخر خَرَج الأمر من يدها، وروى ابن سماعة عن محمَّد

لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ، إِذِ القِيَامُ يُفَرِّقُ الرَّأْيَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ وَلَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ لِأَنَّ المَجْلِسَ قَدْ يَطُولُ وَقَدْ يَقْصُرُ فَيَبْقَىٰ إِلَىٰ أَنْ يُوجَدَ مَا يَقْطَعُهُ أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الإِعْرَاضِ، وَقَوْلُهُ مَكَثَتْ يَوْمًا لَيْسَ لِلتَّقْدِيرِ بِهِ، وَقَوْلُهُ مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ يُرَادُ بِهِ عَمَلٌ يُعْرَفُ أَنَّهُ قَطْعٌ لِمَا كَانَ فِيهِ لَا مُطْلَقَ العَمَلِ.

(وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فَجَلَسَتْ فَهِيَ عَلَىٰ خِيَارِهَا) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِقْبَالِ فَإِنَّ القُعُودَ أَجْمَعُ لِلرَّأْيِ (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ أَوْ مُتَّكِئَةً فَقَعَدَتْ) لِأَنَّ هٰذَا انْتِقَالٌ مِنْ جِلْسَةٍ إِلَىٰ جِلْسَةٍ فَلَا يَكُونُ إِعْرَاضًا، كَمَا إِذَا كَانَتْ مُحْتَبِيَةً فَتَرَبَّعَتْ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰذَا رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَذَكَرَ فِي غَيْرِهِ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ لَا خِيَارَ لَهَا لِأَنَّ

رحمهما الله تعالىٰ في الأربع قبل الظهر أنَّها بمنزلة صلاةٍ واحدةٍ والوتر كالمكتوبة لأنَّ ذا عملٌ قليلٌ، بخلاف ما إذا دُعِيت بطعامٍ فأكلت أو نامت أو امتشطت أو اغتسلت أو اختضبت أو جامعها زوجها لاشتغالها بعملٍ آخر لا تحتاج إليه وليس ذا من عمل الاختيار، وكذا يعتبَرُ مجلسها في قوله لها: اختاري نفسكِ، وفي قوله: طَلِّقي نفسكِ وأنتِ طالق إن شئتِ، وفي قوله لأجنبي: أمر امرأتِي بيدكِ، أو قال له: طلقها إذا شئتَ أو إن شئتَ أو أمر امرأتي بيدك في أن تخلعها، وكذا في قوله: اعتق عبدي إذا شئتَ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا قيل له: بعه إن شئتَ، حيث لا يقتصر على المجلس لأنَّ البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيَّد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته: طلقي ضرَّتكِ، لأنه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه.

قوله: وَالْأَوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ، لأنَّ الاتِّكاء استنادٌ والاستنادُ أَجْمَعُ للرأي ولأنَّ الاتِّكاء

الِاتِّكَاءَ إِظْهَارُ التَّهَاوُنِ بِالْأَمْرِ فَكَانَ إِعْرَاضًا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ، وَلَوْ كَانَتْ قَاعِدَةً فَاضْطَجَعَتْ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

(وَلَوْ قَالَتْ: ادْعُ أَبِي أَسْتَشِرْهُ أَوْ شُهُودًا أُشْهِدْهُمْ فَهِيَ عَلَىٰ خِيَارِهَا) لِأَنَّ الِاسْتِشَارَةَ لِتَحَرِّي الصَّوَابِ، وَالْإِشْهَادَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الإِنْكَارِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الإِعْرَاضِ (وَإِنْ كَانَتْ تَسِيرُ عَلَىٰ دَابَّةٍ أَوْ فِي مَحْمَلٍ فَوَقَفَتْ فَهِيَ عَلَىٰ خِيَارِهَا، وَإِنْ سَارَتْ بَطَلَ خِيَارُهَا) لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ وَوُقُوفَهَا مُضَافٌ إِلَيْهَا (وَالسَّفِينَةُ بِمَنْزِلَةِ البَيْتِ) لِأَنَّ سَيْرَهَا غَيْرُ مُضَافٍ إِلَىٰ رَاكِبِهَا، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ إِيقَافِهَا وَرَاكِبُ الدَّابَّةِ يَقْدِرُ.

نوع جلسةٍ فلا يتغيَّر به ما هو الثابت للجالس.

قوله: وَالسَّفِينَةُ بِمَنْزِلَةِ البَيْتِ - لا يبطل خيارها بسيرها - لِأَنَّ سَيْرَهَا غَيْرُ مُضَافٍ إِلَىٰ رَاكِبِهَا، قال الله تعالى: ﴿وَجَرَيْنَ بِهِم﴾ [يونس: ٢٢] ﴿وَهِيَ تَجْرِي بِهِمْ﴾ [هود: ٤٢] بخلاف الدَّابة لأنَّ سيرَها ووقوفَها مضافٌ إلىٰ راكبها فإن أُوْقِفت الدابة واختارت نفسَها متصلاً بتخيير الزوج من غير سكوتٍ بين الكلامين فحينئذٍ يصحُّ اختيارها، لأنَّ دليلَ الإعراض إنَّما يتحقَّقُ بسكوتِها بعد تخيير الزوج ولم يوجد، وكذلك إن كان معها علىٰ تلك الدابة أو كانا في محلٍّ واحدٍ، وهكذا الجوابُ في البيع إن اتَّصل قبولَ المشتري بإيجاب البائع من غير سكتةٍ بينهما في هذا الفصل ينعقدُ البيع، وإلَّا فلا، كذا في المبسوط، والله تعالىٰ أعْلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي المَشِيئَةِ

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: «طَلِّقِي نَفْسَكِ» وَلَا نِيَّةَ لَهُ أَوْ نَوَىٰ وَاحِدَةً فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذٰلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا) وَهٰذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ طَلِّقِي مَعْنَاهُ افْعَلِي فِعْلَ

فصل في المشيئة

قوله: وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذٰلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا، لأنَّ قوله طَلِّقِي مختصرٌ من افعلي فعل التطليق والمختصر من الكلام كالمطوَّل وقد صحَّت نية الثلاث في المطوَّل فكذا في المختصر، وهذا بخلاف قوله طلَّقتكِ لأنه وإن دلَّ على المصدر لكنه في الأصل إخبارٌ عن طلاقٍ سابقٍ فيقتضي طلاقًا تصحيحًا لإخباره والثابتُ اقتضاءً ثابتٌ بطريق الضرورة وما ثبت ضرورةً لا يعدو موضعها، والضرورةُ تندفعُ بطلاقٍ واحدٍ فلا يثبتُ الزوائدَ كما في قوله: أنتِ طالقٌ، وأمَّا في قوله طَلِّقي نفسكِ فأمْرٌ بالتطليق وضعًا لا ضرورةً فيحتمل العموم لأنه اسمُ جنسٍ واسمُ الجنس يقعُ على الأدنىٰ ويحتمل الكلَّ حتَّىٰ إذا نوى الكلَّ صحَّ، كما لو حَلَفَ أن لا يشرب الماء، ولو قال لها طَلِّقي نفسكِ فقالت أَبَنْتُ نفسي طُلِّقت، وكذا لو قالت أنا حرام أو بائن أو برية أو بتة، وقالوا لا يصحُّ منها البائن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، كما لو أمرها بواحدةٍ فطلقت ثلاثًا أو ثلاثًا فطلقت ألفًا أو نصفَ تطليقةٍ أو ألفًا فطلقت ثلاثًا لا يقع وإن كانا في الحكم سواء لأنه يعتَبرُ اللفظ، كذا في الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، ويمكن أن يُقال هنا موافقةٌ في الأصل فجُعِلَ جوابًا، وفي قوله: طَلِّقي نفسكِ نصف تطليقةٍ مخالفةٌ في الأصل إذ النصف الزائد

التَّطْلِيقِ، وَهُوَ اسْمُ جِنْسٍ فَيَقَعُ عَلَى الأَدْنَىٰ مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الأَجْنَاسِ، فَلِهٰذَا تَعْمَلُ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، وَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ وَاحِدَةٍ عِنْدَ عَدَمِهَا وَتَكُونُ الوَاحِدَةُ رَجْعِيَّةً لِأَنَّ المُفَوَّضَ إِلَيْهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ لَا تَصِحُّ لِأَنَّهُ نِيَّةُ العَدَدِ إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْمَنْكُوحَةُ أَمَةً لِأَنَّهُ جِنْسٌ فِي حَقِّهَا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ قَالَتْ: أَبَنْتُ نَفْسِي طُلِّقَتْ) (وَلَوْ قَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي لَمْ تَطْلُقْ) لِأَنَّ الإِبَانَةَ مِنْ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَبَنْتُكِ يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ أَوْ قَالَتْ: أَبَنْتُ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَجَزْتُ ذٰلِكَ بَانَتْ فَكَانَتْ مُوَافِقَةً لِلتَّفْوِيضِ فِي الأَصْلِ إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهِ وَصْفًا وَهُوَ تَعْجِيلُ الإِبَانَةِ فَيَلْغُو الوَصْفُ الزَّائِدُ وَيَثْبُتُ الأَصْلُ، كَمَا إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي تَطْلِيقَةً بَائِنَةً، وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، بِخِلَافِ الِاخْتِيَارِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ؛ أَلَا تَرَىٰ

أصلٌ أو أتت بغير ما فُوِّض إليها لأنَّ المُفَوَّض إليها نصفُ الطلاق الذي يكون ساريًا وفي الباقي مخالفة في الإيجاب حين أتت بغير ما فُوِّض إليها من الإيجاب.

قوله: وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، هذا شرحٌ لإطلاقِ جوابِ محمد رحمة الله تعالىٰ عليه وهو قوله «طلّقت» فإنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ لم يتعرَّض لوصف الإبانة فكان رجعيًّا نظرًا إلى الإطلاق وهو المتيقَّنُ.

قوله: بِخِلَافِ الِاخْتِيَارِ، متعلق بقوله: لِأَنَّ الإِبَانَةَ مِنْ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ.

أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ اخْتَرْتُكِ أَوِ اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ قَالَتِ ابْتِدَاءً: اخْتَرْتُ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَجَزْتُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ طَلَاقًا بِالْإِجْمَاعِ إِذَا حَصَلَ جَوَابًا لِلتَّخْيِيرِ، وَقَوْلُهُ طَلِّقِي نَفْسَكِ لَيْسَ بِتَنْجِيزٍ فَيَلْغُو، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ بِقَوْلِهَا أَبَنْتُ نَفْسِي لِأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا إِذِ الإِبَانَةُ تَغَايُرُ الطَّلَاقِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ) لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِتَطْلِيقِهَا وَالْيَمِينُ تَصَرُّفٌ لَازِمٌ، وَلَوْ قَامَتْ عَنْ مَجْلِسِهَا بَطَلَ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي ضَرَّتَكِ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ فَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ وَيَقْبَلُ الرُّجُوعَ (وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَىٰ شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَىٰ عَامَّةٌ فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتِ.

(وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْ امْرَأَتِي فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) وَلَهُ

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ، لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ – إلى قوله – بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي ضَرَّتَكِ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ فَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ وَيَقْبَلُ الرُّجُوعَ، فإن قيل: في قوله طلقي ضرَّتكِ معنى التعليق أيضًا فكان ينبغي أن يقع لازمًا في جانبه ولا يقبل الرجوع؟ قلنا: لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة إذ الوكالة من العقود الجائزة فلو اعتبرنا التعليق فيه تبطلُ حقيقته فيؤدِّي إلى إبطال ما في ضمنه والتمليكُ من العقود اللازمة فيلائمُ التعليقَ فاعتُبِرَ قوله.

أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ، فَلَا يَلْزَمُ وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفْسَكِ لِأَنَّهَا عَامِلَةٌ لِنَفْسِهَا فَكَانَ تَمْلِيكًا لَا تَوْكِيلًا (وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْهَا إنْ شِئْتَ فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً) وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: هٰذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ التَّصْرِيحَ بِالْمَشِيئَةِ كَعَدَمِهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ فَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إذَا قِيلَ لَهُ: بِعْهُ إنْ شِئْتَ، وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِيكٌ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالْمَشِيئَةِ وَالْمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ،

قوله: وَأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ فَلَا يَلْزَمُ - أي في جانب الزوج - وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، أي في جانب الوكيل، وهذا لأنَّه أمرٌ بإيقاع الطلاق والأمر لا يقتضي الإيتمارَ على الفور اعتبارًا بأوامر الشَّرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وهذا لأنَّه إنَّما استعانَ بغيره في حاجته لكون التصرف له لا عليه فلو أَلْزَمناه فربَّما تزولُ حاجته فيصيرُ التصرف عليه فيتضرَّر به، ولأن الوكيل يعمل للموكل وفي لحوق المنَّة ضررٌ فله أن يرجع.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: هٰذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ، وهو قوله لرجل: طَلِّق امرأتِي.

قوله: وَالْمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ، فإن قيل: لو قال لأجنبي طَلِّق امرأتِي كان الوكيل متصرِّفًا أيضًا عن مشيئةٍ واختيارٍ فلِمَ لا يكون تمليكًا؟ قلنا: إنما نشأ ذلك الاختيار والمشيئة من عدم نفاذ إلزام الأمر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فإنَّ الصيغة ملزمة إذا صدرت من ذي ولايةٍ، ولمَّا قال للأجنبي إن شئتَ فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحًا وأثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتمليك لا للإلزام، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالىٰ لو قال: اعملوا كذا إن شئتم، لم يكن إلزامًا وكان تمليكًا، بخلاف المشيئة الثَّابتة للوكيل في عدم نفاذ ولاية إلزام الأمر وكلامنا في المشيئة المستفادة من الصيغة، والحاصل أنَّ المشيئةَ

وَالطَّلَاقُ يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ.
(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا مَلَكَتْ إِيقَاعَ الثَّلَاثِ فَتَمْلِكُ إِيقَاعَ الوَاحِدَةِ ضَرُورَةً (وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ عِنْدَ

نوعان: نوعٌ يُذكر ويُراد به الاختيار في الفعل بمعنى نفي الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوفٌ بهذا المشيئة، والنوع الثاني الإيثار يقال إن شئتَ فعلتَ كذا وإن شئتَ لم تفعل بمعنى إن شئتَ آثرتَ الفعل على الترك أو ترك الفعل والإيثار ينبع عن استحسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه، وإنه لحسنة وإنه معنى آخر وراء المشيئة بمعنى نفي الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشيئة بهذا الاعتبار لأنَّ الموكلَ هو الذي يؤثر الفعلَ والتركَ والموجود من المُوَكِّل في حقِّ الوكيل ليس إلا استعارة اللسان وتحصيل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر في مصلحة الفعل وتركه فإذا فُوِّضَ الأمر إلىٰ غيره وقطع تدبيره ورأيه في مصلحة الأمر وتركه، وهذا صفة المالك لا صفة الوكيل، فكان قوله إن شئتَ تمليكًا لا توكيلاً، فتبيَّن بهذا أنَّ التصريح بالمشيئة ليس كعدمه فإن التصرُّفَ بذكر المشيئة صار تمليكًا بعد أن كان توكيلاً وإنَّها غير محمولةٌ على نفي الاضطرار بل على المعنى الثاني وهو الذي يوجبها الزوجُ ويثبتها صيانةً لتصرُّف العاقل عن الإلغاء إذ لو حملت على نفي الاضطرار لم يفد إلا ما أفاده السكوت عن ذكر المشيئة وفيه إلغاء تصرف العاقل، وهذا بخلاف البيع لأنَّ تمليك الطلاق فيه معنى اليمين لأنَّ فيه تعليق الطلاق بالتطليق وفي قوله طلقها إن شئتَ تمليكٌ فيه تعليق الطلاق بالمشيئة والطلاق يحتمل ذلك والبيعُ مما لا يحتمل التعليقَ بالشرط فيلغو ذكر المشيئة فيه.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ، فإن قيل: هذا توكيلٌ بالبيع لا البيع نفسه والتوكيلُ قابلٌ للتعليق، قلنا: اعتُبِر التوكيل بالبيع بأصل البيع.

أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا أَتَتْ بِمَا مَلَكَتْهُ وَزِيَادَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ أَلْفًا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا فَكَانَتْ مُبْتَدِئَةً، وَهٰذَا لِأَنَّ الزَّوْجَ مَلَّكَهَا الوَاحِدَةَ وَالثَّلَاثُ غَيْرُ الوَاحِدَةِ لِأَنَّ الثَّلَاثَ اسْمٌ لِعَدَدٍ مُرَكَّبٍ مُجْتَمِعٍ وَالْوَاحِدَةُ فَرْدٌ لَا تَرْكِيبَ فِيهِ فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا مُغَايِرَةٌ عَلَىٰ سَبِيلِ المُضَادَّةِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ المِلْكِ، وَكَذَا هِيَ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ لِأَنَّهَا مَلَكَتِ الثَّلَاثَ، أَمَّا هَاهُنَا لَمْ تَمْلِكِ الثَّلَاثَ وَمَا أَتَتْ بِمَا فُوِّضَ إِلَيْهَا فَلَغَتْ.

قوله: وَالثَّلَاثُ غَيْرُ الوَاحِدَةِ، وهذا لأنَّ الثلاث غير الواحدة لفظًا وكذا حكمًا لثبوت الحرمة الغليظة بالثلاث دون الواحدة، وكذا اختلفا في وقت الوقوع لأنَّ وقت وقوع الواحدة بعد الفراغ عن قوله طُلِّقَت ووقت وقوع الثلاث بعد الفراغ عن قوله ثَلَاثًا، فإذا ثبتت المغايرة بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع تكون مُعْرِضَة عما فُوِّض إليها فيلغو فصار الأصل في هذا أنَّ المرأة تصلح أن تكون مجيبةً للزوج بما في ضمن كلامه ولا تصلح أن تكون مجيبة بما في ضمن كلامها لأنَّ المتضمِّن يثبت على حسب المتضمَّن، فإذا كانت مبتدئةً في المتضمن لم تصلح مجيبةً فيما في ضمنه، وهذا لأنَّ الواحدةَ من الثلاث قائمةٌ بهذه الجملة، فإذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بِها لأنَّ المتضمَّن متىٰ لم يثبت كيف يثبت المتضمِّن، كمن شهد أنَّه قال لامرأته أنتِ خلية وشهد آخر أنه قال أنتِ برية في حال مذاكرة الطلاق لا يقضى بشيء لأنَّ المتضمّن لم يثبت فبطلَ طلب الموافقة في المضمون، وهذا بخلاف ما إذا طلق الزوج ألفًا لأنه يتصرف بحكم الملك فصحَّ تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك، ألا ترىٰ أنَّ الزوج إذا طلَّق امرأته علىٰ غير وجه السنة يقع لأنه يحكم الملكَ، ولو قال لها طلقي نفسكِ للسنة فطلقت لا على وجه السنة لا يقعُ لأنَّها ملكت

(وَإِنْ أَمَرَهَا بِطَلَاقٍ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَطَلَّقَتْ بَائِنَةً، أَوْ أَمَرَهَا بِالْبَائِنِ فَطَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً وَقَعَ مَا أَمَرَ بِهِ الزَّوْجُ) فَمَعْنَى الأَوَّلِ أَنْ يَقُولَ لَهَا الزَّوْجُ: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَتَقُولُ: طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقَعُ رَجْعِيَّةً لِأَنَّهَا أَتَتْ بِالْأَصْلِ وَزِيَادَةِ وَصْفٍ كَمَا ذَكَرْنَا فَيَلْغُو الوَصْفُ وَيَبْقَى الأَصْلُ، وَمَعْنَى الثَّانِي أَنْ يَقُولَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقُولُ طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً فَتَقَعُ بَائِنَةً لِأَنَّ قَوْلَهَا وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً لَغْوٌ مِنْهَا لِأَنَّ الزَّوْجَ لَمَّا عَيَّنَ صِفَةَ المُفَوَّضِ إِلَيْهَا فَحَاجَتُهَا بَعْدَ ذٰلِكَ إِلَىٰ إِيقَاعِ الأَصْلِ دُونَ تَعْيِينِ الوَصْفِ فَصَارَ كَأَنَّهَا اقْتَصَرَتْ عَلَى الأَصْلِ فَيَقَعُ بِالصِّفَةِ الَّتِي عَيَّنَهَا الزَّوْجُ بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا.

بالتفويض فتملك بقدر ما فُوِّض إليها.

قوله: لِأَنَّهَا أَتَتْ بِالْأَصْلِ، وهو قولها طلَّقْتُ نفسي وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة، فإن قيل: إذا قال لها طلقي نفسكِ واحدةً فطلَّقَت نفسها ثلاثًا بقولها طلَّقْتُ نفسي ثلاثًا واقعة في قولها طلَّقتُ نفسي حتى لو اقتصرت عليه تكون مُمْتَثِلَةً وإنَّما خالفته في قولها ثلاثًا فكان ينبغي أن يلغى الثلاث وتكون مُمْتَثِلَةً في إيقاع الواحدة عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه، قلنا: الطلاق متىٰ قرن بالعدد فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق، ولهذا لو قال لغير المدخول بِها أنتِ طالقٌ ثلاثًا تطلق ثلاثًا وكذا لو ماتت قبل قوله ثلاثًا لا يقع الطلاق، فإذا كانت مبتدئةً في كلمة الإيقاع لم يقع عليها شيءٌ بدون إجازته وبه فارَقَ صفة البينونة لأنَّ قولها أبنْتُ نفسي معناه طلقتُ نفسي تطليقةً بائنةً وأصلُ الطلاق إنَّما يقع بقولها طلقتُ نفسي لا بذكر صفة البينونة وهي في ذلك مُمْتَثِلَةٌ أمره.

قوله: فَصَارَ كَأَنَّهَا اقْتَصَرَتْ عَلَى الأَصْلِ فَيَقَعُ بِالصِّفَةِ الَّتِي عَيَّنَهَا الزَّوْجُ بَائِنًا،

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا إِنْ شِئْتِ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ إِنْ شِئْتِ الثَّلَاثَ وَهِيَ بِإِيقَاعِ الوَاحِدَةِ مَا شَاءَتِ الثَّلَاثَ فَلَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً إِنْ شِئْتِ فَطَلَّقَتْ ثَلَاثًا فَكَذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلَاثِ لَيْسَتْ بِمَشِيئَةٍ لِلْوَاحِدَةِ كَإِيقَاعِهَا (وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلَاثِ مَشِيئَةٌ لِلْوَاحِدَةِ، كَمَا أَنَّ إِيقَاعَهَا إِيقَاعٌ لِلْوَاحِدَةِ فَوُجِدَ الشَّرْطُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ فَقَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ فَقَالَ الزَّوْجُ: شِئْتُه يَنْوِي الطَّلَاقَ بَطَلَ الأَمْرُ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ طَلَاقَهَا بِالْمَشِيئَةِ الْمُرْسَلَةِ وَهِيَ أَتَتْ بِالْمُعَلَّقَةِ فَلَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ وَهُوَ اشْتِغَالٌ بِمَا لَا يَعْنِيهَا فَخَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِقَوْلِهِ شِئْتُ وَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ

وهذا لأنَّ الزوج فوَّض إليها ذات الطلاق مع الوصف وإنَّها أتت بذات ما فوِّض إليها وخالفت في الوصف فصارت موافقةً في الأصل مخالفةً في الوصف، ولا يجوز إبطال الأصل للوصف فيقع الأصل ويستتبعُ الوصفَ الذي ذكر الزوج، تحقيقه أنَّها لو اقتصرت علىٰ قولها طلقتُ في المسئلتين يصلحُ جوابًا للزوج في وقوع ما أمر به الزوج وقولها بائنةً أو رجعيةً زائدة فيلغو، بخلاف المسئلة المتقدمة فإنَّها بإيقاع الثلاث لم تأت بعين ما فُوِّض إليها علىٰ ما ذكرنا فلا يصلح أن تكون مجيبةً.

قوله: وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِقَوْلِهِ شِئْتُ وَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ، فإن قيل: ينبغي أن يقع لأنه مسبوق بذكر الطلاق فصار كأنَّه قال شئتُ طلاقكِ فيقع، قلنا: الكلام المبهم إنَّما ينبيء علىٰ ما سبق إذا ما اعتبَر السابقُ والسابق ههنا غير معتبر لاشتغالها بما لا يعنيها، حتى لو قال

لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي كَلَامِ المَرْأَةِ ذِكْرُ الطَّلَاقِ لِيَصِيرَ الزَّوْجُ شَائِيًا طَلَاقَهَا، وَالنِّيَّةُ لَا تَعْمَلُ فِي غَيْرِ المَذْكُورِ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ: شِئْتُ طَلَاقَكِ يَقَعُ إِذَا نَوَىٰ لِأَنَّهُ إِيقَاعٌ مُبْتَدَأٌ إِذِ المَشِيئَةُ تُنْبِئُ عَنِ الوُجُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَرَدْتُ طَلَاقَكِ لِأَنَّهُ لَا يُنْبِئُ عَنِ الوُجُودِ.

(وَكَذَا إِذَا قَالَتْ شِئْتُ إِنْ شَاءَ أَبِي أَوْ شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ لَمْ يَجِئْ بَعْدُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المَأْتِيَّ بِهِ مَشِيئَةٌ مُعَلَّقَةٌ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَبَطَلَ

شئتُ طلاقكِ يقع إذا نوىٰ لأنه إيقاع مبتدأ لأنَّ المشيئةَ تنبئ عن الوجود فمعنى قوله شئتُ ذاكَ حصَّلْتُه وتحصيل الطلاق بإيقاعه، إلَّا أنَّه لا بُدَّ من النية لأنه قد يقصد وجوده وقوعًا وقد يقصد وجوده مِلْكًا فلا يَقَعُ الطلاقُ بالشكِّ، بخلاف قوله أردتُ طلاقكِ لأنَّ الإرادةَ لُغةً عبارةٌ عن الطَّلب، قال عليه الصلاة والسلام: «الحُمىٰ رَائدُ الموت» أي طالبه، وفي المثل السائر: الرَّائد لا يكذب أهله، أي طالب الكلاء، وليس من ضرورة الطلب الوجود، فإن قيل: أليسَ أنَّ الإرادة والمشيةَ سيَّان عند أهل السنة؟ قلنا: جاز أن يكون بينهما تفرقةً نظرًا إلينا وتسويةً نظرًا إلىٰ ربِّنا لأنَّ ما شاءه أو طلبه يكون لا محالةَ بخلاف العباد، وذكر في المحيط: وإذا قال لها شئتِ طلاقكِ ذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يقع الطلاق ولم يشترط نية الإيقاع، وفي المبسوط: رجلٌ قال لامرأته شائِي الطلاق، ينوي به الطلاقَ فقالت قد شئتُ فهِيَ طالقٌ وإن لم يكن له نيةٌ فليست بطالقٍ لما بينا أنَّ مشيئتَها من عمل قلبها كاختيارها فهذا بمنزلة قوله: اختاري الطلاقَ فقالت قد اخترتُ، وهناكَ إن نوى الزوجُ الإيقاعَ يقع فكذلك ههنا، فإن قال أَحِبِّي الطلاقَ أو أريدي الطلاقَ أو أهوي الطلاقَ فقالت قد فعلتُ كان باطلاً، وإن نوىٰ به الطلاقَ لأنَّ الإرادةَ والمحبَّةَ والهوىٰ من العباد نوع تمنِّىٰ فكأنه قال لها تَمَنِّى الطلاقَ فقالت تَمَنَّيتُ لا يقع.

الْأَمْرُ (وَإِنْ قَالَتْ: قَدْ شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ قَدْ مَضَىٰ طَلُقَتْ) لِأَنَّ التَّعْلِيقَ بِشَرْطٍ كَائِنٍ تَنْجِيزٌ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتِ أَوْ إِذَا مَا شِئْتِ أَوْ مَتَىٰ شِئْتِ أَوْ مَتَىٰ مَا شِئْتِ فَرَدَّتِ الأَمْرَ لَمْ يَكُنْ رَدًّا وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ) أَمَّا كَلِمَةُ مَتَىٰ وَمَتَىٰ مَا فَلِأَنَّـهُمَا لِلْوَقْتِ وَهِيَ عَامَّةٌ فِي الأَوْقَاتِ كُلِّهَا، كَأَنَّـهُ قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتِ فَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ رَدَّتِ الأَمْرَ لَمْ يَكُنْ رَدًّا لِأَنَّـهُ مَلَّكَهَا الطَّلَاقَ فِي الوَقْتِ الَّذِي شَاءَتْ فَلَمْ يَكُنْ تَمْلِيكًا قَبْلَ المَشِيئَةِ حَتَّىٰ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، وَلَا تُطَلِّقُ نَفْسَهَا إِلَّا وَاحِدَةً لِأَنَّـهَا تَعُمُّ الأَزْمَانَ دُونَ الأَفْعَالِ فَتَمْلِكُ التَّطْلِيقَ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلَا تَمْلِكُ تَطْلِيقًا بَعْدَ تَطْلِيقٍ، وَأَمَّا كَلِمَةُ «إِذَا» وَ«إِذَا مَا» فَهُمَا وَ«مَتَىٰ» سَوَاءٌ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ يُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ لِلْوَقْتِ

قوله: لِأَنَّ التَّعْلِيقَ بِشَرْطٍ كَائِنٍ تَنْجِيزٌ، أي بشرطٍ ثابتٍ موجودٍ، كما إذا قال امرأتِي طالقٌ وإن كان زيد في الدار والحال أنه في الدار يقع الطلاق، فإن قيل: لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزًا لكان تنجيزًا فيما إذا قال الرجل هو يهوديٌّ إن كنتُ فعلتُ فكذا أمس وهو يعلم أنَّه قد كان فعله ولو كان تنجيزًا لوَجَب تكفيره ولم يجب، قلنا: قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمة الله تعالى عليه: اختلف المشايخ في هذه المسئلة فيمنعُ، ولئن سلمنا فنقول: هذه الألفاظ صارت كنايةً عن اليمين بالله تعالىٰ إذا حصل التعليق بِها بفعل في المستقبل، فكذا إذا حصل التعليق بفعل في الماضي تَحَامِيًا عن تكفير المسلم.

لٰكِنَّ الأَمْرَ صَارَ بِيَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ حَتَّىٰ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا) لِأَنَّ كَلِمَةَ «كُلَّمَا» تُوجِبُ تَكْرَارَ الأَفْعَالِ إِلَّا أَنَّ التَّعْلِيقَ يَنْصَرِفُ إِلَى المِلْكِ القَائِمِ (حَتَّىٰ لَوْ عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُسْتَحْدَثٌ (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ) لِأَنَّهَا تُوجِبُ عُمُومَ الِانْفِرَادِ لَا عُمُومَ الِاجْتِمَاعِ فَلَا تَمْلِكُ الإِيقَاعَ جُمْلَةً وَجَمْعًا (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ أَوْ أَيْنَ شِئْتِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّىٰ تَشَاءَ، وَإِنْ قَامَتْ مِنْ مَجْلِسِهَا فَلَا مَشِيئَةَ لَهَا) لِأَنَّ كَلِمَةَ «حَيْثُ» وَ«أَيْنَ» مِنْ أَسْمَاءِ المَكَانِ وَالطَّلَاقُ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْمَكَانِ فَيَلْغُو وَيَبْقَىٰ ذِكْرُ مُطْلَقِ المَشِيئَةِ

قوله: لٰكِنَّ الأَمْرَ صَارَ بِيَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ، يعني لو نظرنا إلىٰ كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس، ولو نظرنا إلىٰ كونه للوقت لا يخرج والأمر كان في يدها فلا يخرج بالشكِّ، فإن قيل: وجب أن يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحًا للردِّ، قلنا: إنَّما يحمل على الشرط إذا كان الرد صادرًا ممَّن كان التعليق صادرًا منه، وهذا لأنَّ إرادة الشرط تختصُّ بمن كان التعليق مختصًّا به دون من كان الردُّ مختصًّا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحًا للردِّ، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَالطَّلَاقُ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْمَكَانِ فَيَلْغُو، فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان يبقىٰ قوله أنتِ طالقٌ إن شئتِ فينبغي أن يقع ولا يبطلُ بالقيام عن المجلس يدلُّ عليه ما لو قال لها أنتِ طالقٌ دخلتِ الدار يقع الساعة، قلنا: نحملها على الشرط لتأخيرِ بين الشرط والظرف

فَيَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ، بِخِلَافِ الزَّمَانِ لِأَنَّ لَهُ تَعَلُّقًا بِهِ حَتَّىٰ يَقَعَ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ عُمُومًا وَخُصُوصًا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتِ طَلُقَتْ تَطْلِيقَةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) وَمَعْنَاهُ قَبْلَ المَشِيئَةِ، فَإِنْ قَالَتْ: قَدْ شِئْتُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَالَ الزَّوْجُ ذٰلِكَ نَوَيْتُ فَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ تَثْبُتُ المُطَابَقَةُ بَيْنَ مَشِيئَتِهَا وَإِرَادَتِهِ، أَمَّا إِذَا أَرَادَتْ ثَلَاثًا وَالزَّوْجُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ عَلَى الْقَلْبِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ لِأَنَّهُ لَغَا تَصَرُّفُهَا لِعَدَمِ المُوَافَقَةِ فَبَقِيَ إِيقَاعُ الزَّوْجِ وَإِنْ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ تُعْتَبَرُ مَشِيئَتُهَا فِيمَا قَالُوا جَرْيًا عَلَىٰ مُوجِبِ

لأنَّ كل واحد منهما يفيد ضربًا من التأخير فحُمِلا عليه مجازًا عن حرفِ الشَّرط، فإن قيل: إذا جعل مجازًا عن حرف الشرط فلم يَجْعَل مجازًا عن حرف إن حتَّىٰ يبطل بالقيام عن المجلس ولا يُجْعَل مجازًا عن إذا ومتىٰ حتَّىٰ لا يبطل بالقيام، قلنا: جعلها مجازًا عن حرف إنْ أَوْلىٰ لأنَّها أصْلٌ في الشرط خالصٌ له، ومعنى الشرط هو الجامعُ فجُعِل مجازًا لما هو أصل في الشرط دون إذا ومتىٰ لأنَّهما لا يتَمَحَّضَان للشرط.

قوله: بِخِلَافِ الزَّمَانِ لِأَنَّ لَهُ تَعَلُّقًا بِهِ، لأنَّ الطلاقَ لو وقع يقعُ في زمانٍ دون زمانٍ، وأمَّا إذا وقع في مكانٍ كان واقعًا في جميع الأمكنة فلا يكون له تعلُّق بالمكان لأنه لا فائدةَ في تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان، والتعليق بالشيء لبيان الاختصاص به، كما في الأفعال، فوجب اعتباره خصوصًا كما في أنتِ طالقٌ إن شئتِ، وعمومًا كما في أنتِ طالق متىٰ شئتِ.

قوله: وَإِنْ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ تُعْتَبَرُ مَشِيئَتُهَا، حتَّىٰ لو شاءت ثلاثًا أو واحدةً بائنةً

التَّخْيِيرِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -: وَقَالَ فِي الأَصْلِ هٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا لَا يَقَعُ مَا لَمْ تُوقِعِ المَرْأَةُ فَتَشَاءُ رَجْعِيَّةً أَوْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ العَتَاقُ لَهُمَا أَنَّهُ فَوَّضَ التَّطْلِيقَ إِلَيْهَا عَلَىٰ أَيِّ صِفَةٍ شَاءَتْ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْلِيقِ أَصْلِ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَتِهَا لِتَكُونَ لَهَا المَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الأَحْوَالِ، أَعْنِي قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ

ولم ينو الزوج وقع ما أَوْقَعَت بالاتفاق على اختلاف الأصلين، أمَّا علىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فلأنه أقامها مقام نفسه في إثبات الوصف والزوج متىٰ أَوْقَعَ رجعيًّا يملك أن يجعله بائنًا وثلاثًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فكذا المرأة تملك أن تجعل ما وقع بائنًا وثلاثًا لأنَّ الزوج أقامها مقام نفسه في إثبات الوصف، وأمَّا عندهما فكذا يملك إيقاع البائن والثلاث فإنه تفويضُ أصل الطلاق إليها علىٰ أيِّ وصفٍ شاءت، وعلى هذا الخلاف لو قال أنتِ حُرٌّ كيف شئتَ يعتق عنده في الحال وعندهما يتوقَّف على المشيئة، والحاصلُ أنَّ أصل الطلاق لا يتعلَّقُ بمشيئتها عنده وإنما يتعلق صفته، وعندهما يتعلَّق أصل الطلاق ووصفه بمشيئتها، لهما أنَّ هذا تفويض الطلاق إليها على أيِّ وصف شاءت وإنما يكون كذلك إذا تعلق أصل الطلاق بمشيئتها، أمَّا إذا لم يتعلق لا يقع كيف شاءت بل يقع علىٰ خلاف ما شاءت لأنه يقع رجعيًّا وما شاءت أن يكون رجعيًّا، وهذا لأنَّ «كيف» للاستِيصَاف عن الشيء فإذا أضافها إلى المشيئة المضافة إلى الطلاق فقد علَّق جميع أوصاف الطلاق بالمشيئة، ولن يصير جميع الأَوْصَاف معلقًا بالمشيئة إلا بعد أن يَصير أصل الطلاق معلقًا بها لأنه متىٰ وقع أَصْلَ الطلاق في الحال لا بُدَّ وأن يستصحب بعض أَوْصَافه لاستحالة وجود أصل الطلاق في الواقع بدون الوصف ولأنه لو لم يتعلَّق أصل الطلاق لَلَغا قوله كيف شئتِ في غير المدخول بِها لأنَّها لا تشتغل بإثبات الوصف بعده، وله أنَّ «كيف»

- رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ كَلِمَةَ كَيْفَ لِلِاسْتِيصَافِ، يُقَالُ كَيْفَ أَصْبَحْتَ، وَالتَّفْوِيضُ فِي وَصْفِهِ يَسْتَدْعِي وُجُودَ أَصْلِهِ وَوُجُودَ الطَّلَاقِ بِوُقُوعِهِ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كَمْ شِئْتِ أَوْ مَا شِئْتِ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ) لِأَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ لِلْعَدَدِ فَقَدْ فَوَّضَ إِلَيْهَا أَيَّ عَدَدٍ شَاءَتْ (فَإِنْ قَامَتْ

للاستيصاف وذا لا يتصوَّر إلَّا بعد وجود أصله، ألا ترىٰ إلى قول القائل(١):

[من الطويل]

يَقُولُ خَلِيلِي: كَيْفَ صَبْرُك بَعْدَنَا؟ * فَقُلْتُ: وَهَلْ صَبْرٌ فَتَسْأَلُ عَنْ كَيْفَ

فإذا كان الاستيصاف يستدعي وجود الموصوف يقعُ أصلُ الطلاق قبل المشيئة قضيةً للاستيصاف، لكن يثبت أدنىٰ أوْصَافه ضرورةَ أنَّ أصله لا ينفكُّ عن وصفه ويتعلق ما وراءه بالمشيئة، وهذا لأنَّ قوله أنتِ طالقٌ إيقاع فلو ثَبَتَ التعليق بمشيئتها إنَّما يثبت ضرورةَ التخيير وذا دخل في الوصف لا في الذات وهذه أوْصافٌ تنفكُّ عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشيئة تعلقُ الذات بِها، وما قاله أوْلىٰ لأنَّ إثبات الموصوف، وإن كان فيه تخصيص بعض الأوصاف عن التعليق ليصحَّ الاستيصاف، أوْلىٰ من تعليق أصل الطلاق بالمشيئة وتعميم الأوصاف، وفيه إبطال الاستيصاف لأنَّ الكلام يحتمل التخصيصَ دون التعطيلَ.

قوله: وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كَمْ شِئْتِ أَوْ مَا شِئْتِ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ، وذكر في أصل رواية الجامع الصغير: إن شاءت طلَّقَتْ نفسَها واحدةً أو ثنتين أو ثلاثًا ما لم تَقُمْ عن مجلسها، فإن قيل: كيف يُباح لها أن تطلق نفسها ثلاثًا والزوج لا يسعه أن يطلقها

(١) البيت لأبي بكر الشبلي أنشده في جامع مدينة دمشق يوم الجمعة والناس حوله، انظر: معجم الأدباء لياقوت الحموي ٣/ ١٣٣٦.

مِنَ المَجْلِسِ بَطَلَ، وَإِنْ رَدَّتِ الأَمْرَ كَانَ رَدًّا) لِأَنَّ هٰذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ خِطَابٌ فِي الحَالِ فَيَقْتَضِي الجَوَابَ فِي الحَالِ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ وَلَا تُطَلِّقَ ثَلَاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: تُطَلِّقُ ثَلَاثًا إِنْ شَاءَتْ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَا مُحْكَمَةٌ فِي التَّعْمِيمِ وَكَلِمَةَ مَنْ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّمْيِيزِ فَحُمِلَ عَلَىٰ تَمْيِيزِ الجِنْسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: كُلْ مِنْ طَعَامِي مَا شِئْتَ أَوْ طَلِّقْ مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ «مِنْ» حَقِيقَةٌ لِلتَّبْعِيضِ وَ «مَا» لِلتَّعْمِيمِ فَعُمِلَ بِهِمَا، وَفِيمَا اسْتَشْهَدَا بِهِ تَرْكُ التَّبْعِيضِ ....

ثلاثًا؟ قلنا: قد روى الحسن عن أبي حنيفه رحمهما الله تعالىٰ أنَّ ذلك مباحٌ لها في التنجيز، واحتمل أن يكون المراد بقوله: إن شاءت طلَّقت نفسها ثلاثًا مشيئة العدد لا مشيئة الإباحة يريدُ أنَّها تقدر عليه كما يقال في عبد بين اثنين دبَّر أحدهما نصيبه أنَّ الآخر بالخيار إن شاء دبَّر نصيبه وإن شاء تركه علىٰ حاله وإن شاء أعتقه وقد علمنا أنه لا يُباح له إعتاق نصيبه، وإنَّما عنىٰ به مشيئة القدرة لأنه لو أعْتَق نصيبه ضمَّن للآخر قيمة نصيبه مُدَبَّرًا، وذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة التي تليها أنَّ المرأة إذا طَلَّقت نفسها ثلاثًا علىٰ قولهما أو ثنتين علىٰ قول أبي حنيفه رحمه الله تعالىٰ لا يكره لأنَّها مضطرَّة إلىٰ ذلك لأنَّها لو خرجت خرج الأمر من يدها بخلاف ما إذا أوْقَع الزوج.

قوله: فَعُمِلَ بِهِمَا، أي بالتبعيض والعموم فإنَّ الثنتين عامٌّ بالنسبة إلى الواحدة وبعضٌ بالنسبة إلى الثَّلاث.

بِدَلَالَةِ إِظْهَارِ السَّمَاحَةِ أَوْ لِعُمُومِ الصِّفَةِ وَهِيَ المَشِيئَةُ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ: مَنْ شِئْتَ كَانَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: بِدَلَالَةِ إِظْهَارِ السَّمَاحَةِ، في قوله: كُلْ مِنْ طَعَامِي مَا شِئْتَ.

قوله: أَوْ لِعُمُومِ الصِّفَةِ، أي في قوله: مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ، لأنه وصفها بالمشيئة وهي عامة كما في قوله: لا أكلم إلا رجلاً كوفيًّا، لا يحنث بالتكلم بجميع رجال كوفة، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

❋ ❋ ❋

بَابُ الأيْمَانِ فِي الطَّلَاقِ

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَةٍ إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -: لَا يَقَعُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ

باب الأيمان في الطلاق

قوله: وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ، أي علق، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا طلاقَ قبل النكاح» ورُوِي عن عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما أنه خطب امرأةً فأبىٰ أَوْلِياؤُها أن يزَوِّجُوها منه فقال: إن نكَحْتُها فهي طالق ثلاثًا فسُئِل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «لا طلاقَ قبل النكاح» والمعنىٰ فيه أنه غيرُ مالك لتنجيز الطلاق فلا يملك تعليقها وهذا لأنَّ تأثير الشرط في تأخير الوقوع إلىٰ وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقًا وهذا الكلام لو لا الشرط لكان لغوًا لا طلاقًا، أو لأنَّ الطلاقَ يستدعي أهليةً في الموقع وملكًا في المحلِّ، ثم قبل الأهلية لا يصحُّ التعليق مضافًا إلى حالة الأهلية كالصبي إذا قال لامرأته إذا بلغتُ فأنتِ طالقٌ، فكذلك قبل ملك المحل لا يصحُّ مضافًا، وبهذا تبيَّن أنه تصرف يختصُّ بالملك فإيجابه قبل الملك يكون لغوًا، كما لو باع الطير في الهواء ثم أخذه قبل قبول المشتري، ولنا أنَّ التعليق بالشرط يمينٌ فلا يتوقف صحته علىٰ ملك المحل كاليمين بالله وهذا لأنَّ اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لأنه يوجب البرَّ علىٰ نفسه حملاً أو منعًا والملك في المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاقٍ وإنما يكون طلاقًا بالوصول إلى المرأة ومادام يمينه لم يلاق

وَسَلَّمَ - «لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ» وَلَنَا أَنَّ هٰذَا تَصَرُّفُ يَمِينٍ لِوُجُودِ

المرأة، وإنما يعدى حكمه إلى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فيشترط الملك في المحل حينئذٍ وهو ثابتٌ ولكن المحلوف به ما يصير طلاقًا عند الشرط بوصوله إليها، وهذا كالرمي فإن عينه ليس بقتل والترسُ ليس مانعًا ما هو قبل ولا مُؤَخرًا له بل هو مانعُ ما سيصير قتلاً إذا وصل إلى المحلِّ، ولمَّا كان التعليق مانعًا من الوصول إلى المحل ولا يكون التصرف معتبرًا إلا بركنه ومحله لا يكون طلاقًا قبل الوصول إلى محلِّه فإذا وجد الشرط صار طلاقًا لوصوله إلىٰ محلِّه، وبه فارقَ ما لو قال لأجنبيَّةٍ إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالق فإنَّ المحلوفَ به هناك غير موجود ولا يتيقَّن بوجوده عند وجود الشرط لأنَّ دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتَّىٰ يستدلَّ به على بقاء الملك عند وجود الشرط، أمَّا ههنا فيتيقَّن بوجود المحلوف به لأنَّ التزوج سببٌ لملك الطلاق، ولو كان المحلوف به موجودًا بطريق الظاهر بأن قال لامرأته إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ انعقدت اليمين وإن كان من الجائز أن يكون دخولها بعد زوال الملك فإذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط أَوْلىٰ أن ينعقد اليمين، وبأن كان لا يملك التنجيز لا يدل على أنه لا يملك التعليق كمن قال لجاريته إن ولدتِ ولدًا فهو حُرٌّ صحَّ وإن كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم، وكمن قال لامرأته الحائض إذا طهرتِ فأنتِ طالق كان هذا طلاق السنة وإن كان لا يملك تنجيزه في الحال، وهذا بخلاف الأهلية في المتصرف لأنه لا بُدَّ منه في تصرف اليمين كما لا بُدَّ منه في تصرف الطلاق، فأمَّا الملك في المحل فمعتبرٌ في الطلاق دون اليمين، وهذا بخلاف البيع فإن الإيجاب أحد شطري البيع وتصرف البيع قبل الملك لغوٌ فأمَّا الإيجاب ههنا فتصرفٌ آخر سوى الطلاق وهو اليمين، وتأويل الحديث ما رُوِيَ عن مكحول والزهري وسالم والشعبي رحمهم الله تعالىٰ أنَّهم قالوا: كانوا في الجاهلية يُطَلِّقُون قبل التزوُّج تنجيزًا ويعدُّون ذلك طلاقًا فنفىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام ذلك بقوله: «لا طلاقَ قبل النكاح» وحديث عبد الله بن عمرو غير

الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ فَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ قِيَامُ المِلْكِ فِي الحَالِ لِأَنَّ الوُقُوعَ عِنْدَ الشَّرْطِ وَالمِلْكُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ عِنْدَهُ وَقَبْلَ ذٰلِكَ أَثَرُهُ المَنْعُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالْمُتَصَرِّفِ، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ نَفْيِ التَّنْجِيزِ، وَالْحَمْلُ مَأْثُورٌ عَنِ السَّلَفِ كَالشَّعْبِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَغَيْرِهِمَا.

(وَإِذَا أَضَافَهُ إِلَىٰ شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ) وَهٰذَا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ المِلْكَ قَائِمٌ فِي الحَالِ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَىٰ وَقْتِ وُجُودِ الشَّرْطِ فَيَصِحُّ يَمِينًا أَوْ إِيقَاعًا (وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكًا أَوْ يُضِيفَهُ إِلَىٰ مِلْكٍ) لِأَنَّ الجَزَاءَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا لِيَكُونَ مُخِيفًا فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى اليَمِينِ

مشهورٌ، ولو ثبت فمعنى قوله إن نكحتُها أي وطئتُها لأنَّ النكاح حقيقة للوطئ وبهذا لا تحصل إضافة الطلاق إلى الملك عندنا، كذا في المبسوط.

قوله: فَيَصِحُّ يَمِينًا - أي عندنا - أَوْ إِيقَاعًا، عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وحاصل الخلاف أنَّ المُعَلَّق بالشرط لا ينعقد سببًا والتعليق تصرُّف في السبب بإعدامه إلىٰ زمان وجود الشرط عندنا، وعنده ينعقدُ سببًا وأثر التعليق في تأخير الحكم فكان إيقاعًا ولكن لم يثبت حكمه في الحال.

قوله: لِأَنَّ الجَزَاءَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا، أي غالبَ الوجود ليكون مخيفًا فيتحقَّق معنى اليمين وهو القوَّة، وإنما سُمِّيَ الحلف يمينًا لأنَّ الحالفَ يتقوَّى علىٰ حمل نفسه على الفعل أو منعِها عنه حذرًا من أن يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث، ولهذا سُمِّيَ باليمين أيضًا ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل أو المنع فيه حذَرًا من أن يلزمه الجزاء وهو

وَهُوَ القُوَّةُ وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هٰذَيْنِ، وَالْإِضَافَةُ إِلَىٰ سَبَبِ المِلْكِ بِمَنْزِلَةِ الإِضَافَةِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ عِنْدَ سَبَبِهِ (فَإِنْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَمْ تَطْلُقْ) لِأَنَّ الحَالِفَ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا أَضَافَهُ إِلَى المِلْكِ أَوْ سَبَبِهِ وَلَا بُدَّ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (وَأَلْفَاظُ الشَّرْطِ إِنْ، وَإِذَا، وَإِذَا مَا، وَكُلُّ، وَكُلَّمَا، وَمَتَىٰ، وَمَتَىٰ مَا) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ العَلَامَةِ، وَهٰذِهِ الأَلْفَاظُ مِمَّا تَلِيهَا أَفْعَالٌ فَتَكُونُ عَلَامَاتٍ عَلَى الحِنْثِ، ثُمَّ كَلِمَةُ «إِنْ» حَرْفٌ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الوَقْتِ وَمَا وَرَاءَهَا مُلْحَقٌ بِهَا، وَكَلِمَةُ «كُلّ» لَيْسَتْ شَرْطًا حَقِيقَةً لِأَنَّ مَا يَلِيهَا اسْمٌ وَالشَّرْطُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الجَزَاءُ وَالْأَجْزِيَةُ تَتَعَلَّقُ بِالْأَفْعَالِ إِلَّا أَنَّهُ أُلْحِقَ بِالشَّرْطِ لِتَعَلُّقِ الفِعْلِ بِالِاسْمِ الَّذِي يَلِيهَا مِثْلُ قَوْلِكَ: كُلُّ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -: (فَفِي هٰذِهِ الأَلْفَاظِ إِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ انْحَلَّتْ

الطلاق أو العتاق، فإن قيل: إذا قال لامرأته إذا حِضْتِ فأنتِ طالق فهذا يمينٌ وليسَ فيه معنى الحمل أو المنع، قلنا: العبْرَةُ للغالب الشائع ولا معتبَر للأفراد.

قوله: وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هٰذَيْنِ، أي كونه غالب الوجود في الملك أو في الإضافة إلى الملك.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ العَلَامَةِ، في الصحاح: الشرطُ بالتحريك هو العلامة وأشراطُ الساعة علاماتُها، فعلىٰ هذا معنى قوله: مُشْتَقٌّ مِنَ العَلَامَةِ، مشتق من الشرط

وَانْتَهَتِ اليَمِينُ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُقْتَضِيَةٍ لِلْعُمُومِ وَالتَّكْرَارِ لُغَةً، فَبِوُجُودِ الفِعْلِ مَرَّةً يَتِمُّ الشَّرْطُ وَلَا بَقَاءَ لِلْيَمِينِ بِدُونِهِ (إِلَّا فِي كُلَّمَا فَإِنَّهَا تَقْتَضِي تَعْمِيمَ الأَفْعَالِ) قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾ [النساء: ٥٦] الآيَةُ وَمِنْ ضَرُورَةِ التَّعْمِيمِ التَّكْرَارُ.

قَالَ: (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَتَكَرَّرَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ بِاسْتِيفَاءِ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ المَمْلُوكَاتِ فِي هٰذَا النِّكَاحِ لَمْ يَبْقَ الجَزَاءُ وَبَقَاءُ اليَمِينِ بِهِ وَبِالشَّرْطِ، وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَلَوْ دَخَلَتْ عَلَىٰ نَفْسِ التَّزَوُّجِ بِأَنْ قَالَ: كُلَّمَا تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً فَهِيَ

الذي هو بمعنى العلامة.

قوله: إِلَّا فِي - كلمة - كُلَّمَا، قال العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله تعالىٰ: لا فرقَ بين كلمة كلِّ وكلَّما كما بين حيث وحيثما ولكن نشأ الفرق بينهما من وجهٍ آخر وهو أنَّ كلمة كل دخلت على المرأة فيوجبُ عموم ما دخلت عليه فتعمُّ أعْيَان النساء، فإذا تزوَّج امرأة انحلت اليمين في حقِّها لما أنَّها أصابت من كلمة كل حصَّتها فكأنَّها هي المَحْلُوف عليها فقط فإذا تزوَّجها ثانيًا فقد تزوَّجها بعد انحلال اليمين فلا يقعُ، كما لو قال إن تزوَّجتُ امرأةً فهي طالقٌ فلا تطلق ثانيًا بالتزوُّج الثاني، وأمَّا كلَّما فإنَّما دخلت على التزوُّج فيقتضي عموم التزوُّج ويلزم من عموم التزوُّج عموم النساء لأنَّ الفعل يفتقر إلى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوُّج في كلمة كلٍّ لأنَّ العين لا تفتقر إلى العرض.

طَالِقٌ يَحْنَثُ بِكُلِّ مَرَّةٍ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ) لِأَنَّ انْعِقَادَهَا بِاعْتِبَارِ مَا يَمْلِكُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلَاقِ بِالتَّزَوُّجِ وَذٰلِكَ غَيْرُ مَحْصُورٍ.

قَالَ: (وَزَوَالُ المِلْكِ بَعْدَ اليَمِينِ لَا يُبْطِلُهَا) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ فَبَقِيَ وَالْجَزَاءُ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحَلِّهِ فَبَقِيَ اليَمِينُ (ثُمَّ إِنْ وُجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكِهِ انْحَلَّتِ اليَمِينُ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ وُجِدَ الشَّرْطُ وَالْمَحَلُّ قَابِلٌ لِلْجَزَاءِ فَيَنْزِلُ الجَزَاءُ وَلَا تَبْقَى اليَمِينُ لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ وُجِدَ فِي غَيْرِ المِلْكِ انْحَلَّتِ اليَمِينُ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ (وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ.

(وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِلَّا أَنْ تُقِيمَ المَرْأَةُ البَيِّنَةَ) لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ عَدَمُ الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ يُنْكِرُ وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَزَوَالَ المِلْكِ وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ (فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةُ فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ طَلُقَتْ هِيَ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةُ) وَوَقَعَ الطَّلَاقُ اسْتِحْسَانًا، وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَقَعَ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَلَا تُصَدَّقُ كَمَا فِي الدُّخُولِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهَا إِذْ لَا يُعْلَمُ ذٰلِكَ

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارةٌ إلىٰ قوله: وبقاء اليمين به وبالشرط.

قوله: كَمَا فِي الدُّخُولِ، أي في دخول الدّار، والقياس أن لا يقع الطلاق عليها بقولها لأنَّها تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوعَ الطلاق وهو منكر فيكون القولُ له ولا يصدق بلا حجة كما لو علّقَ طلاقها بدخول الدار، وجه الاستحسان أنَّ هذا

إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا كَمَا قُبِلَ فِي حَقِّ العِدَّةِ وَالْغَشَيَانِ لٰكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَلْ هِيَ مُتَّهَمَةٌ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّهَا.

الأمر لا يعرفُ إلَّا من قِبَلها وقد ترتَّب عليه حكمٌ شرعيٌ فيجبُ عليها أن تُخبر كيلا يقع في الحرام إذ صيانةُ نفسها وزوجها عن الحرام واجبة، ولمَّا كانت الصيانة واجبةً كان طريق الصيانة وهو إخبارها واجبًا وهي المتعينة لإقامة هذا الواجب فيجبُ قبول قولها، وهذا لأنَّها مأمورةٌ بإظهارِ ما في رِحَمها لأنَّ الكِتْمان حرامٌ ليتخرج عن عهدة الواجب ولأنَّها صارت أمينةً من أُمَنَاء الشرع فيجبُ قبول قولها لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقد تعلَّق بالإظهار أحكامٌ شرعيَّةٌ فصارت مأمورةً بالإظهار ضرورةً فإذا صارت مأمورةً بالإظهار يجبُ قبول قولها ليفيد الإظهار ومتىٰ وَجَبَ قبول قولها وجب ترتُّب الأحكام عليها إذ هو المعنيُّ بالقبول، ولهذا قُبِل قولها في حق العدَّة إذا اخبرت بانقضائها بالحيض في مدَّةٍ تنقضي في مثلها حتَّىٰ يبطل حقه في الرجعة وفي حقِّ حرمة وطئها إذا أخبَرت برؤية الدَّم وحلَّ الوطئ إذا اخبَرت بانقطاع الدَّم، وكان ينبغي أن يقع الطلاق عليهما لأنَّا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاقُ صاحبتها جزاءٌ وهذا شرطٌ لطلاقها، ولكنَّا ندع القياس ونُوقعُ الطلاقَ عليها دون صاحبتها بقولها حتى يعلم أنَّها حاضت حقيقةً لأنَّا إنما قبلنا قولها بطريق الضرورة لتخرج عن عهدة الواجب أو ليقع التفَصِّي عن الحرام ولا ضرورةَ في حقِّ صاحبتها والحكمُ بوقوع الطلاق في حقِّها لا يكون حكمًا بوجود الشرط في حقِّ صاحبتها لأنَّها شاهدةٌ في حقِّها بل مُتَّهمة فيجعل كأنَّ الطلاقَ وقعَ عليها لا بقضية الشرط في حقِّ صاحبتها وغير ممتنعٍ أن يقبل قولَ شخصٍ في حقِّ نفسه ولا يقبلُ في حقِّ غيره كأحد الورثة إذا أقرَّ بدينٍ على الميِّت لرجلٍ وكذبته بقيَّة الورثة وكما إذا ثبت الملك للمستحقِّ بإقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثَّمن.

(وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ تُحِبِّينَ أَنْ يُعَذِّبَكِ اللهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ فَقَالَتْ أُحِبُّهُ أَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ تُحِبِّينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ وَهٰذِهِ مَعَكِ فَقَالَتْ: أُحِبُّكَ، طَلُقَتْ هِيَ وَلَمْ يُعْتَقِ العَبْدُ وَلَا تَطْلُقُ صَاحِبَتُهَا) لِمَا قُلْنَا، وَلَا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لِأَنَّهَا لِشِدَّةِ بُغْضِهَا إِيَّاهُ قَدْ تُحِبُّ التَّخْلِيصَ مِنْهُ بِالْعَذَابِ، وَفِي حَقِّهَا أَنْ تَعَلَّقَ الحُكْمُ بِإِخْبَارِهَا وَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً،

قوله: وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ تُحِبِّينَ – إلى قوله – وَلَا تَطْلُقُ صَاحِبَتُهَا، غير أنَّ هذه المسئلة تُفارِقُ المسئلة الأولىٰ بوجهين: أحدهما: أنَّ هذا يقتصر على المجلس إن أخبَرت بذلك في المجلس يقع ولا يقع في غير ذلك المجلس لأنه أثبَت التخيير حيث جعل الأمر إلى اختيارها بمحبتها وفي مسئلة الحيض لا يقتصر لأنَّه ليس فيه معنى التمليك بل هيَ نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر على المجلس، والثاني: أنَّها لو كانت كاذبةً فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالىٰ في مسئلة الحيض، وأمَّا في مسئلة المحبَّة فيقعُ لأنَّ حقيقة المحبَّة والبغض ممَّا لا يوقف عليهما من قِبَل أحدٍ لا من قِبَلِها ولا من قِبَل غيرها لأنَّ القلبَ مُنْقَلِبٌ لا يستقرُّ علىٰ شيء فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقَّة والنوم مع الحدث فصار كلَّ الشرط هو الإخبار عن المحبَّة وقد وجد فتبعه حكمه، فأمَّا الحيض فإنَّ له حقيقةً وأيَّامًا معلومةً فيتعلَّقُ الحكم به فإذا أخبَرت كاذبةً لا يقعُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، كذا في المبسوط لفخر الإسلام رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: وَلَا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا، جوابُ سُؤالٍ وهو أن يقال: لمَّا كان قبولَ قولها في حقِّها باعتبار الصدق فإذا اخبَرت بمحبَّة العذاب ونحنُ نتيقَّنُ بكذبِها في ذلك وَجَبَ أن لا يقبل قولها أصلًا فيقال لم نتيقَّن بكذبِها في ذلك فإنَّ الجاهلَ قد يختار العذابَ علىٰ ما يبغضه فلعلَّها لشدَّة بغضها زوجَها وجهلها بمقدار ألَم العذاب تختار ذلك فلم تكن كاذبةً قطعًا.

فَفِي حَقِّ غَيْرِهَا بَقِيَ الحُكْمُ عَلَى الأَصْلِ وَهِيَ المَحَبَّةُ (وَإِذَا قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَرَأَتِ الدَّمَ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ حَتَّىٰ يَسْتَمِرَّ بِهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لِأَنَّ مَا يَنْقَطِعُ دُونَهَا لَا يَكُونُ حَيْضًا (فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ) لِأَنَّهُ بِالِامْتِدَادِ عُرِفَ أَنَّهُ مِنَ الرَّحِمِ فَكَانَ حَيْضًا مِنَ الِابْتِدَاءِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّىٰ تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا) لِأَنَّ الحَيْضَةَ بِالْهَاءِ هِيَ الكَامِلَةُ مِنْهَا، وَلِهٰذَا حُمِلَ عَلَيْهِ فِي حَدِيثِ الِاسْتِبْرَاءِ وَكَمَالُهَا بِانْتِهَائِهَا وَذٰلِكَ بِالطُّهْرِ.

قوله: فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ، وفائدة هذا تظهرُ فيما إذا كانت المرأةُ غير مدخولةٍ بِها فإنَّها لمَّا رأت وتزوَّجت بزوجٍ آخر واستمرَّ بِها الدَّم ثلاثة أيَّام كان النكاح صحيحًا لإنقطاعها عن الزوج بأوَّل ما رأت لا إلىٰ عدَّة وتظهرُ أيضًا فيما إذا قال إن حضتِ فعبدي حُرٌّ، والمسئلةُ بحالها كان العبد حُرًّا من حين رأتِ الدمَ حتى كان الأكسابُ للعبد وتظهرُ أيضًا في حقِّ الجناية منه وعليه.

قوله: وَلِهٰذَا حُمِلَ عَلَيْهِ - أي على الحيضة الكاملة - فِي حَدِيثِ الِاسْتِبْرَاءِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا تُوطأ الحبالىٰ حتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ولا الحَيالىٰ حتى يستبرئنَّ بالحيض» وكمال الحيض بانتهائِه وذلك بانقطاع الدَّم إذا كانت أيَّامها عشرةً، أو بالانقطاع والغُسل أو ما يقومُ مقامَ الغُسل إذا كانت أيَّامها دون العشرة، وإنَّما يقبلُ قولها إذا اخبَرتْ بالحيض أو الطهر الذي هو شرطُ وقوع الطلاق وهيَ في تلك الحالة، أمَّا إذا لم تكن موصوفةٌ بِها فلا يُصدَّق، بيانه: إذا قال لامرأته إن حضتِ حيضةً فأنتِ طالقٌ فمكثت عشرة أيَّام ثم قالت المرأة حضتُ حَيْضَةً فطهرتُ واغتسلتُ وكذَّبَها الزوجُ فالقول في ذلك قولها، وأمَّا إذا قالت بعد تطاول الزمان حِضْتُ وطهرتُ وأنا الآن حائضٌ بحيضةٍ أخرىٰ

(وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إذَا صُمْتِ يَوْمًا طَلُقَتْ حِينَ تَغِيبُ الشَّمْسُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي تَصُومُ) لِأَنَّ الْيَوْمَ إذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ مُمْتَدٍّ يُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ إذَا صُمْتِ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَدِّرْهُ بِمِعْيَارٍ وَقَدْ وُجِدَ الصَّوْمُ بِرُكْنِهِ وَشَرْطِهِ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إذَا وَلَدْتِ غُلَامًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَإِذَا وَلَدْتِ جَارِيَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً وَلَا يَدْرِي أَيَّهُمَا أَوَّلَ

لا يقبل قولها ولا يقعُ الطلاقَ عليها لأنَّها أخبَرت عمَّا هو شرطٌ وقوع الطلاق حالَ فواتِها وانعدامِها، وإذا قال لها إن حضتِ فأنتِ طالقٌ فمكثت خمسةَ أيَّامٍ ثم قالت قد حضتُ منذ خمسة أيَّامٍ وأنا الآن حائضٌ وقع عليها الطلاق، ولو قالت حضتُ وطهرتُ لا تصدَّق إذا كذبَها الزوجُ، والمعنى فيه هو أنَّ الله تعالىٰ جعل المرأةَ أمِينةً فيما تخبَر فيه من الحيض أو الطُّهر ضرورةَ إقامة الأحكام المتعلقة بِها فما دامت الأحكام قائمةً كان الإيتمان قائمًا من جهة الشرع فتُصدَّق، وإذا كانت الأحكام منقضيةً كان الإيتمان فائتًا فلا تصدَّق، وهذا بخلاف المُودَع إذا قال ردَدْتُ الوديعةَ أو هلكتْ فإنَّه يصدَّق ولا يشترطُ لتصديقه فيما أخبَر به قيامُ الأمانة لأنَّ المودع صار أمينًا من جهة صاحب المال صريحًا وابتداءً لا لضرورة إقامة الأحكامِ فإنَّ صاحبَ المال إئْتَمَنَهُ مطلقًا، أمَّا المرأةُ إنَّما صارت أمينةً فيما تخبَرُ من الحيض والطهر ضرورةَ إقامةِ الأحكام المتعلقة بِها علىٰ ما ذكرنا.

قوله: وَقَدْ وُجِدَ الصَّوْمُ بِرُكْنِهِ، وهو الإمساك عن المُفطرات نَهارًا وشرطه وهو النية والأهليَّة.

قوله: فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً، إن عَلِما أنَّ الغلامَ أوَّلُ طُلِّقت واحدةً وانقضت عدَّتها بالجارية فلا يقعُ شيء، وإن عَلِمَا أنَّ الجاريةَ أوَّلُ طُلِّقَت ثنتين، وإن اختلفا فالقولُ قول

لَزِمَهُ فِي القَضَاءِ تَطْلِيقَةٌ، وَفِي التَّنَزُّهِ تَطْلِيقَتَانِ وَانْقَضَتِ العِدَّةُ بِوَضْعِ الحَمْلِ) لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتِ الغُلَامَ أَوَّلًا وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الجَارِيَةِ ثُمَّ لَا تَقَعُ أُخْرَىٰ بِهِ لِأَنَّهُ حَالُ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، وَلَوْ وَلَدَتِ الجَارِيَةَ أَوَّلًا وَقَعَتْ تَطْلِيقَتَانِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الغُلَامِ ثُمَّ لَا يَقَعُ شَيْءٌ آخَرُ بِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ حَالُ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَإِذًا فِي حَالٍ تَقَعُ وَاحِدَةٌ وَفِي حَالٍ تَقَعُ ثِنْتَانِ فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، وَالْأَوْلَىٰ أَنْ يُؤْخَذَ بِالثِّنْتَيْنِ تَنَزُّهًا وَاحْتِيَاطًا، وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ بِيَقِينٍ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ كَلَّمْتِ أَبَا عَمْرٍو وَأَبَا يُوسُفَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَبَانَتْ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَكَلَّمَتْ أَبَا عَمْرٍو ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَكَلَّمَتْ أَبَا

الزوج لإنكاره الزيادةَ، وإن قالا لا ندري طُلِّقت واحدةً قضاءً وفي التنزُّه ثنتان، وإن ولدت غلامًا وجاريتين في بطنٍ واحدٍ فإن عُلِمَ أنَّها وَلَدَتِ الجاريتين أولاً فهي طالقٌ ثنتين بولادة الأولىٰ منهما وقد انقضت عدَّتها بولادتِها الغلامَ، وإن وَلَدَتِ الغلام أوَّلاً طُلِّقت واحدةً بولادتِها الغلامَ وتطليقتين بولادة الجارية الأُولىٰ وقد انقضت عدَّتها بولادة الأُخرىٰ، وإن ولدت إحدى الجاريتين أوَّلاً ثم الغلامَ ثم الجاريةَ طُلِّقت تطليقتين بولادة الجارية والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدَّتها بولادة الأُخرىٰ، كذا في المبسوط، ولو قال: إن كان حملكِ هذا جاريةً فأنتِ طالقٌ واحدةً وإن كان غلامًا فثنتين، فولدتهما لم يقع لأنَّ الحملَ اسمٌ لجميع ما في البطن وما في البطن ليسَ بغلامٍ ولا جاريةٍ فلم يوجد شرط الحِنث، ألا ترىٰ أنَّه لو نظر إلىٰ جَوَالِقَ فقال إن كان ما فيه حنطةً فامرأتِي طالقٌ وإن كان ما فيه دقيقًا فعبدي حُرٌّ فإذا فيه دقيقٌ وحنطةٌ لم تطلق ولم يعتق، ولو قال: إن كان ما في بطنكَ، لزماه لوجود الشرطين والمراد بالتنزُّه التَّباعُد عن مظانِّ الحُرمة.

يُوسُفَ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَعَ الوَاحِدَةِ الأُولَىٰ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَقَعُ) وَهٰذِهِ عَلَىٰ وُجُوهٍ: أَمَّا إِنْ وُجِدَ الشَّرْطَانِ فِي المِلْكِ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ وَهٰذَا ظَاهِرٌ، أَوْ وُجِدَا فِي غَيْرِ المِلْكِ فَلَا يَقَعُ، أَوْ وُجِدَ الأَوَّلُ فِي المِلْكِ وَالثَّانِي فِي غَيْرِ المِلْكِ فَلَا يَقَعُ أَيْضًا لِأَنَّ الجَزَاءَ لَا يَنْزِلُ فِي غَيْرِ المِلْكِ فَلَا يَقَعُ، أَوْ وُجِدَ الأَوَّلُ فِي غَيْرِ المِلْكِ وَالثَّانِي فِي المِلْكِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الكِتَابِ الخِلَافِيَّةُ، لَهُ اعْتِبَارُ الأَوَّلِ بِالثَّانِي إِذْ هُمَا فِي حُكْمِ الطَّلَاقِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، وَلَنَا أَنَّ صِحَّةَ الكَلَامِ بِأَهْلِيَّةِ المُتَكَلِّمِ، إِلَّا أَنَّ المِلْكَ يُشْتَرَطُ حَالَةَ التَّعْلِيقِ لِيَصِيرَ الجَزَاءُ غَالِبَ الوُجُودِ لِاسْتِصْحَابِ الحَالِ فَتَصِحُّ اليَمِينُ وَعِنْدَ تَمَامِ الشَّرْطِ لِيَنْزِلَ الجَزَاءُ لِأَنَّهُ لَا يَنْزِلُ إِلَّا فِي المِلْكِ، وَفِيمَا بَيْنَ ذٰلِكَ الحَالِ حَالُ بَقَاءِ اليَمِينِ فَيُسْتَغْنَىٰ عَنْ قِيَامِ

قوله: إِذْ هُمَا فِي حُكْمِ الطَّلَاقِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، من حيثُ أنَّ الطلاقَ لا يقعُ إلَّا بِهما فصار الشرطان بمنزلة شرطٍ واحدٍ، ولو كان شرطًا واحدًا لما وقع في غير الملك فكذلك ههنا.

قوله: إِلَّا أَنَّ المِلْكَ يُشْتَرَطُ حَالَةَ التَّعْلِيقِ، جوابُ سُؤالٍ وهو أن يقال: لمَّا كان محل اليمين الذمَّة ينبغي أن لا يشترط الملك وقت التعليق، فأجابَ بذلك.

قوله: وَفِيمَا بَيْنَ ذٰلِكَ الحَالِ حَالُ بَقَاءِ اليَمِينِ فَيُسْتَغْنَىٰ عَنْ قِيَامِ المِلْكِ، كما إذا علَّق طلاقها بالشرط فأبانَها وانقضت عدتُها ثم تزوَّجها ووَجَد الشرط فإنَّها تطلق بالإجماع، وهي مسئلة الهدم فيما دون الثلاث وثمرة الخلاف تظهرُ فيما إذا علَّق الواحدةَ بدخول الدار ثمَّ نَجَّزَ تطليقتين وتزوَّجت بزوجٍ آخر فعادت إلى الأوَّل ودخلتِ الدارَ تثبت

المِلْكِ إذْ بَقَاؤُهُ بِمَحَلِّهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَطَلَّقَهَا ثِنْتَيْنِ وَتَزَوَّجَتْ زَوْجًا آخَرَ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ عَادَتْ إلَى الأَوَّلِ فَدَخَلَتِ الدَّارَ طَلُقَتْ ثَلَاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: هِيَ طَالِقٌ مَا بَقِيَ مِنَ الطَّلْقات) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الزَّوْجَ الثَّانِيَ يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ عِنْدَهُمَا فَتَعُودُ إلَيْهِ بِالثَّلَاثِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ فَتَعُودُ إلَيْهِ مَا بَقِيَ، وَسَنُبَيِّنُ مِنْ بَعْدُ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعْت إلَى الأَوَّلِ فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ الجَزَاءَ ثَلَاثٌ مُطْلَقٌ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ، وَقَدْ بَقَى احْتِمَالُ وُقُوعِهَا فَتَبْقَى اليَمِينُ، وَلَنَا أَنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هٰذَا المِلْكِ لِأَنَّهَا هِيَ المَانِعَةُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ

الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله تعالىٰ لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحقُّق الهدم.

قوله: وَقَدْ بَقِي احْتِمَالُ وُقُوعِهَا، أي بنكاحها ثانيًا بعد تزوُّجِها بزوجٍ آخر.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هٰذَا المِلْكِ، الطريقُ المُعْتَمَدُ فيه أن يقول بوقوع الثلاث عليها خرجت من أن تكون محلًّا للطلاق لأنَّ الطلاق مشروعٌ لرفع الحلِّ وقد ارتفع الحلُّ بالتطليقات الثلاث وفَوْتُ محلِّ الجزاء يبطل اليمين كفَوْتِ محلِّ الشرط بأن

مَا يَحْدُثُ وَالْيَمِينُ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ أَوِ الحَمْلِ، وَإِذَا كَانَ الجَزَاءُ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ فَاتَ بِتَنْجِيزِ الثَّلَاثِ المُبْطِلِ لِلْمَحَلِّيَّةِ فَلَا تَبْقَى اليَمِينُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا لِأَنَّ الجَزَاءَ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحَلِّهِ.

(وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِذَا جَامَعْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَجَامَعَهَا فَلَمَّا التَقَى الخِتَانَانِ طَلُقَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ المَهْرُ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ أَدْخَلَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ المَهْرُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: إِذَا جَامَعْتُكِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَوْجَبَ المَهْرَ

قال إن دخلتِ هذه الدار ثم جعل الدار بستانًا أو حمامًا لا يبقى اليمين، وكما إذا قال إن كلمتَ فلانًا فامرأته طالق فماتَ فلانٌ، فإن قيل: أليسَ أنه لو قال لعبده إن دخلتَ الدار فأنتَ حرٌّ ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع أنه بالبيع لم يبق العبد محلًّا ليمينه، وكذلك بقيت محلًّا للظهار بعد الطلقات الثلاث، كما إذا قال لها إن دخلتِ الدار فأنتِ عليَّ كظهر أمي فبانت بالثلاث ثم عادت إليه بعد زوجٍ آخر فدخلتِ الدار يثبت الظهار، ولو طلَّقها ثنتين في مسئلتنا ثم عادت إليه بعد إصابة زوجٍ آخر فدخلتِ الدار تطلق ثلاثًا، ولو تقيَّد الجزاء بذلك الملك لَمَا عتق في المسئلة الأولىٰ ولَمَا وقع الظهارُ ولما طلقت ثلاثًا هنا بل وقعت واحدة، قلنا: العبد بصفة الرقِّ محلٌّ للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتَّىٰ لو فاتت بالعتق لم يبق اليمين، وأمَّا الثاني فإنَّ محلية الظهار لا تنعدمُ بالطلقات الثلاث لأنَّ الحرمةَ بالظهار غير الحرمة بالطلاق فإنَّ تلك الحرمة حرمةٌ إلىٰ وجود الكفارة وهذه حرمة إلىٰ وجود ما يرفعها وهو الزوج الثاني، وأمَّا إذا طلَّقها ثنتين فالمحلُّ باقٍ إذ المحلية باعتبار صفة الحال وهي قائمةٌ بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فسرىٰ إليه حكم اليمين تبعًا وإن لم ينعقد عليه قصدًا.

فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَيْضًا لِوُجُودِ الجِمَاعِ بِالدَّوَامِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ لِلاتِّحَادِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الجِمَاعَ إِدْخَالُ الفَرْجِ فِي الفَرْجِ وَلَا دَوَامَ لِلْإِدْخَالِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْرَجَ ثُمَّ أَوْلَجَ لِأَنَّهُ وُجِدَ الإِدْخَالُ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنَّ الحَدَّ لَا يَجِبُ بِشُبْهَةِ الِاتِّحَادِ بِالنَّظَرِ إِلَى المَجْلِسِ وَالْمَقْصُودِ وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الحَدُّ وَجَبَ العُقْرُ إِذِ الْوَطْءُ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِاللَّبَاثِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِوُجُودِ المِسَاسِ، وَلَوْ نَزَعَ ثُمَّ أَوْلَجَ صَارَ مُرَاجِعًا بِالْإِجْمَاعِ لِوُجُودِ الجِمَاعِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، أي فيما إذا لَبِثَ بعد الإيلاج ولم يخرجه لوجود الاستمتاع في غير الملك.

قوله: لِوُجُودِ الجِمَاعِ بِالدَّوَامِ عَلَيْهِ، لأنَّ الجماعَ عبارةٌ عن الاجتماع وهو ثابتٌ بالدوام عليه، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي الاِسْتِثْنَاءِ

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ مُتَّصِلًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ وَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ مُتَّصِلًا بِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ» وَلِأَنَّهُ أَتَىٰ بِصُورَةِ

فصل في الاستثناء

قوله: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ مُتَّصِلًا لَمْ يَقَعِ، اختلفوا في أنَّ هذا الكلام شرطٌ أو إبطالٌ؟ قال أبو يوسف رحمه الله تعالى شرطٌ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ إبطالٌ لأنَّ الشرطَ إعدام السبب إلىٰ زمان وجود الشرط وهذا إعدامٌ أصلاً فلا يكون شرطًا، فأبو يوسف رحمه الله تعالىٰ اعتبَر اللفظَ ومحمدٌ رحمه الله تعالى اعتبَر المعنى، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جمع بين يمينين فقال أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدار وعبدي حرٌّ إن كلمتُ زيدًا إن شاء الله تعالىٰ، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يعود إلى الجملة الثانية لأنَّ الجملةَ كاملةٌ في حقِّ التعليق، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ يعود إليهما لأنَّ الأولىٰ إن كانت كاملةً من حيث التعليق ناقصةً من حيث اتصال الإبطال بِها فانصرف الإبطال إليهما، بخلاف ما إذا قال: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ وإن كلمتُ فلانًا فعبدي حُرٌّ، إن جاء فلان حيث ينصرف إلى الأخيرة بالاتفاق، ولو قال أنتِ طالقٌ وعبدي حُرٌّ إن شاء الله انصرف إليهما بلا خلافٍ لأنه إن اعتبَر شرطًا كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ انصرف إليهما، وإذا اعتبر رفعًا وإبطالًا كما قاله محمد رحمه الله تعالىٰ فكذلك، وتظهر ثمرة الخلاف أيضًا فيما إذا قال لامرأته إن حلفتُ بطلاقكِ فعبدي حُرٌّ

الشَّرْطِ فَيَكُونُ تَعْلِيقًا مِنْ هٰذَا الوَجْهِ وَإِنَّهُ إِعْدَامٌ قَبْلَ الشَّرْطِ وَالشَّرْطُ لَا يُعْلَمُ هَاهُنَا فَيَكُونُ إِعْدَامًا مِنَ الأَصْلِ وَلِهٰذَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الشُّرُوطِ (وَلَوْ سَكَتَ ثَبَتَ حُكْمُ الكَلَامِ الأَوَّلِ) فَيَكُونُ الِاسْتِثْنَاءُ أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ بَعْدَهُ رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -: (وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ) لِأَنَّ بِالِاسْتِثْنَاءِ خَرَجَ الكَلَامُ مِنْ أَنْ يَكُونَ إِيجَابًا وَالْمَوْتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبْطِلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ

ثم قال لها أنتِ طالقٌ إن شاء الله يحنث عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لأنَّه يمينٌ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ لا يكون يمينًا ولا يحنثُ، وذكر في شرح الطحاوي أنَّ قوله إن شاء الله تعالىٰ كما يُبطِلَ الكلامَ الذي قبله كذلك لو قال إن لم يَشَاء الله تعالىٰ أو قال ما شاء الله تعالىٰ، وكذا إذا علَّق بمشيئة من لا يظهر مشيئته لنا، كما إذا قال أنتِ طالقٌ إن شاء الله تعالىٰ أو الجنَّ أو هذا الحائطَ.

قوله: فَيَكُونُ الِاسْتِثْنَاءُ، أي علىٰ قول محمد رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ، أي علىٰ قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين والحكم واحدٌ في قوله أنتِ طالقٌ إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: وَالْمَوْتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبْطِلِ، لأنَّ الموجبَ يقتضي المحلَ وبالموت يبطل المحلُّ فينافيه والمُبْطِلُ يُلايمُ الموتَ في إبطال الموجب فلا ينافي الموتُ المبطلَ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، أي بعد قوله أنتِ طالقٌ قبل قوله إن شاء الله وهو

الِاسْتِثْنَاءُ (وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَةً) وَالْأَصْلُ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْمُسْتَثْنَىٰ مِنْهُ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِ الْقَائِلِ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَبَيْنَ قَوْلِهِ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْبَعْضِ مِنَ الْجُمْلَةِ لِأَنَّهُ يَبْقَى التَّكَلُّمُ بِالْبَعْضِ

يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق، وإنَّما يعلم ذلك فيما إذا قال الزوجُ قبل الإيقاع أنِّي أُطَلِّق امرأتِي واستثنىٰ، وذكر في المحيط: فعلىٰ قياس مسئلة النوازل قالوا إنَّ من حلف وأراد أن يقول في آخره إن شاء الله فشدَّ إنسانٌ فمَه أنه يكون استثناءً، تأويله إذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلاً به، وقد وجدنا في نوادر هشام أنَّه قال: سألتُ محمَّدًا عمَّن قال لامرأته أنتِ طالقٌ ثلاثًا وهو يريد أن يستثني فأمسكت بفمه وحالت بينه وبين الاستثناء؟ قال: يلزمه الطلاق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ.

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا، أي تكلُّمٌ بما بقىٰ من المستثنى منه بعد الاستثناء.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احترازٌ عن قول بعضهم أنَّ الاستثناء من الإثبات نفيٌ ومن النفي إثباتٌ، وهذا ينزع إلىٰ أنَّ في الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسدٌ لما عُرِفَ في أصول الفقه.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْمُسْتَثْنَىٰ مِنْهُ، أي بما بقي من المستثنىٰ منه.

قوله: اسْتِثْنَاءُ الْبَعْضِ مِنَ الْجُمْلَةِ، أي لمَّا صحَّ ذلك لم يفرق بين أن يكون المستثنى أقلَّ أو أكثرَ خلافًا للفراء فإنه يقول: لا يصحُّ استثناء الأكثر، لأنه لم تتكلم به العرب فلم يصح عنده قوله أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثنتين لأنه استثناء الأكثر، ورُوِيَ عن

بَعْدَهُ، وَلَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَىٰ بَعْدَهُ شَيْءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلِّمًا بِهِ وَصَارِفًا لِلَّفْظِ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ إِذَا كَانَ مَوْصُولًا بِهِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَإِذَا ثَبَتَ هٰذَا فَفِي الفَصْلِ الأَوَّلِ

أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أيضًا أنه لا يصحُّ هذا الاستثناء لأنَّ الاستثناء بيان فإن من قال جاء القوم إلا فلانًا كان بيانًا للجائين بطريق الاختصار، إذ لو اشتغل ببيان من جاءَ لطالَ الكلام، وهذا إنما يتحقق في استثناء القليل من الكلِّ لا في استثناء الكثير منه، وفي ظاهر الرواية لا فرق لأنَّ الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا فرق في هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته أن يبقى وراء المستثنى شيءٌ ليصير متكلِّمًا به، وإذا قال أنتِ طالق ثلاثًا إلَّا نصفَ تطليقةٍ قيل على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه تطلق ثنتين، لأنَّ التطليقة كما لا تتجزَّى في الإيقاع لا تتجزَّى في الاستثناء فصار كأنَّه قال إلَّا واحدةً، وعند محمد رحمة الله تعالى عليه تطلق ثلاثًا لأنه لما استثنىٰ نصف تطليقةٍ صارَ كلامه عبارةً عن تطليقتين ونصفٍ فتطلق ثلاثًا.

قوله: وَلَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَىٰ بَعْدَهُ شَيْءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلِّمًا بِهِ، فبقىٰ كلامه الأول كما كان فيقع الثلاث، وظنَّ بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى أنَّ استثناء الكل رجوعٌ والرجوع عن الطلاق باطلٌ فلذلك لم يصح، وهذا وهمٌ منهم لأنه بطل استثناء الكل في الوصية أيضًا، مع أنَّ الوصيةَ تحتمل الرجوع فدلَّ أنَّ الطريق ما قلنا، ولو قال أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً وواحدةً وواحدةً عند أبي حنيفة رحمه الله تطلق ثلاثًا لأنه عطف بعض الكلمات على البعض والعطفُ للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكأنَّه قال إلَّا ثلاثًا، وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، ورُوِيَ عنه أنَّه يقعُ واحدة وهو قول زفر رحمه الله لأنه لمَّا قال إلَّا واحدةً وواحدةً كان مستثنىً للثنتين فكان صحيحًا وإنَّما بطلَ استثناء الثالثة فقط، كذلك في المبسوط، وذكر

الْمُسْتَثْنَىٰ مِنْهُ ثِنْتَانِ فَيَقَعَانِ وَفِي الثَّانِي وَاحِدَةٌ، فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: إِلَّا ثَلَاثًا يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ فَلَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

في زيادات المصنف رحمه الله تعالىٰ أنَّ استثناء الكل من الكل إنَّما لا يصحُّ إذا كان بعين ذلك اللفظ أي بعين لفظ المستثنى منه، وأمَّا إذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصحُّ وإن كان هو استثناء الكل من الكل، وكذلك لو قال ثُلث مالي لزيدٍ إلا ألفًا وثُلث ماله ألف صحَّ الاستثناء، وذكر في المحيط والذخيرة: وذكر القدوري في شرحه إذا أَوْقَع أكثر من ثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلاث التي تحكم بوقوعها، ورُوِي عن محمد رحمه الله تعالى في النوادر: نِسائي طوالقُ إلا فلانةَ وفلانةَ وفلانةَ وليس له من النِّسوة سواهنَّ صحَّ الاستثناء، وفي البقالي: إذا قال كل امرأة لي طالقٌ إلَّا هذه وليس له غيرها لم تطلق، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ طَلَاقِ المَرِيضِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا فَمَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ وَرِثَتْهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) وَقَالَ

باب طلاق المريض

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا، قيَّدَ بالبائن لأنَّ في الطلاق الرجعي إذا مات الزوج وهي في العدَّة ترث أيضًا لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار أنَّ حكم النكاح باقٍ من كل وجهٍ، وبمرض الموت لأنه إذا طلَّقها بائنًا في صحته أو في مرضه ثم صحَّ ثم مات لا ترث وبغير الرضا لأنه إذا كانت برضاها لا ترث، وبالموت في العدة لأنه إذا ماتَ بعد انقضاء العدة لا ترثُ، وقال ابن أبي ليلىٰ: ترث منه وإن مات بعد انقضاء العدة، وقال مالك رحمه الله تعالى: ترثُ وإن مات بعد ما تزوَّجت بزوجٍ آخر، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا ترثُ في العدة وبعدها وهو القياسُ، لنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صحَّ أنَّ عثمان رضي الله عنه وَرَّث تماضرَ امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وكان طلَّقها في مرضه، فإن قيل: لا إجماعَ فقد قال ابن الزبير رضي الله عنه في حديث تماضر لو كان الأمر إليَّ لما ورثتها، قلنا: معنى قول ابن الزبير رضي الله عنه ما ورثتها لجهلي بوجه الاستحسان، فتبيَّن أنه كان يخفى عليه ما لم يخف على عثمان رضي الله تعالىٰ عنه، وفي بعض الراويات: أنَّها سألته الطلاقَ فمعنى قوله ما ورثتها لأنَّها سألت الطلاق وبه نقول، ولكن توريث عثمان رضي الله عنه إيَّاها بعد سؤال الطلاق دليلٌ على أنه كان يورثها قبله، وقد قيل: هيَ سألته الطلاق ولكن قال لها فإذا طهرتِ فأذنيني فلمَّا طهرت آذنته وبِهذا لا يسقط ميراثها.

الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تَرِثُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَدْ بَطَلَتْ بِهٰذَا العَارِضِ وَهِيَ السَّبَبُ وَلِهٰذَا لَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، وَلَنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ سَبَبُ إِرْثِهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ وَالزَّوْجُ قَصَدَ إِبْطَالَهُ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ بِتَأْخِيرِ عَمَلِهِ إِلَىٰ زَمَانِ انْقِضَاءِ العِدَّةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، وَقَدْ أَمْكَنَ لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي العِدَّةِ يَبْقَىٰ فِي حَقِّ بَعْضِ الآثَارِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَىٰ فِي حَقِّ إِرْثِهَا عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الِانْقِضَاءِ لِأَنَّهُ لَا إِمْكَانَ، وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِإِرْثِهِ عَنْهَا فَتَبْطُلُ فِي حَقِّهِ خُصُوصًا إِذَا رَضِيَ بِهِ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا أَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا أَوِ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ تَرِثْهُ) لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِإِبْطَالِ حَقِّهَا وَالتَّأْخِيرُ لِحَقِّهَا، وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي لِلرَّجْعَةِ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا

قوله: وَقَدْ أَمْكَنَ، أي تأخير عمله إلىٰ زمان انقضاء العدَّة.

قوله: لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي العِدَّةِ يَبْقَىٰ فِي حَقِّ بَعْضِ الآثَارِ، أي في حقِّ النفقة والسكنىٰ والمنع عن الخروج والتزوُّج فيبقىٰ في حق الإرث، بخلاف ما بعد انقضاء العدة لأنه لا امكان لأنَّ الإرثَ يعتمد النكاح من كل وجهٍ أو من وجهٍ وبعد الانقضاء لم يوجد أحدهما.

قوله: وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِإِرْثِهِ عَنْهَا، جوابٌ عن قول الخصم: ولهذا لا يرثها إذا ماتت، أي في حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسببٍ لإرثه عنها لأنَّها صحيحةٌ.

قوله: خُصُوصًا إِذَا رَضِيَ بِهِ، أي فيما إذا لم يرض الزوج ببطلان حقِّه وماتت وهي في العدَّة بأن مكَّنت ابن زوجها لا ترث ففيما إذا رضي به وهو ما نحن فيه أَوْلىٰ أن لا ترث.

وَرِثَتْهُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ فَلَمْ تَكُنْ بِسُؤَالِهَا رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ حَقِّهَا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ كُنْتُ طَلَّقْتُكِ ثَلَاثًا فِي صِحَّتِي وَانْقَضَتْ عِدَّتُكِ فَصَدَّقَتْهُ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَىٰ لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنْ ذٰلِكَ وَمِنَ المِيرَاثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ وَوَصِيَّتُهُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِي مَرَضِهِ بِأَمْرِهَا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَىٰ لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنْ ذٰلِكَ وَمِنَ المِيرَاثِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) إِلَّا عَلَىٰ قَوْلِ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَإِنَّ لَهَا جَمِيعَ مَا أَوْصَىٰ وَمَا أَقَرَّ بِهِ، لِأَنَّ المِيرَاثَ لَمَّا بَطَلَ بِسُؤَالِهَا زَالَ المَانِعُ مِنْ صِحَّةِ الإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ، وَجْهُ قَوْلِهِمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً عَنْهُ حَتَّىٰ جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا فَانْعَدَمَتِ التُّهْمَةُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهَا وَيَجُوزُ وَضْعُ الزَّكَاةِ فِيهَا، بِخِلَافِ المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّ العِدَّةَ بَاقِيَةٌ وَهِيَ سَبَبُ التُّهْمَةِ، وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَىٰ دَلِيلِ التُّهْمَةِ وَلِهٰذَا يُدَارُ عَلَى النِّكَاحِ وَالْقَرَابَةِ، وَلَا عِدَّةَ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

قوله: وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَىٰ دَلِيلِ التُّهْمَةِ، لأنَّ التهمةَ أمرٌ مبطنٌ لا يوقفُ عليها فأُدِير الحكم علىٰ دليلها وهو قيام العدَّة فوجبَ تحقيق حكم التهمة عندها.

قوله: وَلِهٰذَا يُدَارُ، أي ولأنَّ الحكمَ وهو عدم صحة الإقرار والوصية تدار على

فِي المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ لِأَنَّ المَرْأَةَ قَدْ تَخْتَارُ الطَّلَاقَ لِيَنْفَتِحَ بَابُ الإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ عَلَيْهَا فَيَزِيدُ حَقُّهَا، وَالزَّوْجَانِ قَدْ يَتَوَاضَعَانِ عَلَى الإِقْرَارِ بِالْفُرْقَةِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ لِيَبَرَّهَا الزَّوْجُ بِمَالِهِ زِيَادَةً عَلَىٰ مِيرَاثِهَا وَهٰذِهِ التُّهْمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَرَدَدْنَاهَا، وَلَا تُهْمَةَ فِي قَدْرِ المِيرَاثِ فَصَحَّحْنَاهُ، وَلَا مُوَاضَعَةَ عَادَةً فِي حَقِّ الزَّكَاةِ وَالتَّزَوُّجِ وَالشَّهَادَةِ، فَلَا

التهمة يدار هذا الحكم، عَلَى النِّكَاحِ وَالْقَرَابَةِ، أي لا تجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته ولا لقريبه.

قوله: وَلَا تُهْمَةَ فِي قَدْرِ المِيرَاثِ، قال بكر رحمه الله تعالىٰ: ما تأخذه تأخذه بطريق الميراث لا بطريق الدين إذ لو كان بطريق الدين لكان التوى على الورثة ما دام شيء من التركة قائمًا، وكذا لو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروضٌ ليس لها ذلك ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان لها ذلك، ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك، وتعامل فيه بناءً على زعمها لأنَّ في زعمها أنَّ ما تأخذه تأخذه بطريق الدين، فالحاصل أنَّ الشرع رجَّح جانب الورثة إن اختاروا أن يعطوها من عين التركة لهم ذلك، وإن اختاروا أن يعطوها من غير التركة لهم ذلك، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: وَلَا مُوَاضَعَةَ عَادَةً فِي حَقِّ الزَّكَاةِ وَالتَّزَوُّجِ، جوابُ سؤالٍ وهو أن يقال: هذه التهمة غير معتبَرة في الشرع، ألا ترىٰ أنه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزَّكاة فيها ولها أن تتزوَّج في الحال، ولو اعتبرت التهمة شرعًا لاعتبرت في حق التزوج إذ الحلُّ والحرمةُ يؤخذ فيهما بالاحتياط، قلنا: هذه المواضعة تكون في حق الإرث لا في حقِّ هذه الأحكام عادةً فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثمَّة.

تُهْمَةَ فِي حَقِّ هٰذِهِ الأَحْكَامِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: (وَمَنْ كَانَ مَحْصُورًا أَوْ فِي صَفِّ القِتَالِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ تَرِثْهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ بَارَزَ رَجُلًا أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَلَ فِي قِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ وَرِثَتْ إِنْ مَاتَ فِي ذٰلِكَ الوَجْهِ أَوْ قُتِلَ) وَأَصْلُهُ مَا بَيَّنَّا أَنَّ امْرَأَةَ الفَارِّ تَرِثُ اسْتِحْسَانًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الفِرَارِ بِتَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَرَضٍ يُخَافُ مِنْهُ الهَلَاكُ غَالِبًا كَمَا إِذَا كَانَ صَاحِبَ الفِرَاشِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَقُومُ بِحَوَائِجِهِ كَمَا يَعْتَادُهُ الأَصِحَّاءُ، وَقَدْ يَثْبُتُ حُكْمُ

قوله: وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَرَضٍ يُخَافُ مِنْهُ الهَلَاكُ غَالِبًا كَمَا إِذَا كَانَ صَاحِبَ الفِرَاشِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَقُومُ بِحَوَائِجِهِ كَمَا يَعْتَادُهُ الأَصِحَّاءُ، ثمَّ المرض المعتبر أن يكون بحال يُخشىٰ عليه التلف لأنه حينئذٍ يتعلق حقها بماله فالإبانة في هذه الحالة إبطال حقِّها، وقيل: أن لا يقوم إلا بشدَّةٍ، وقيل: أن لا يقوم إلا أن يقيمه إنسانٌ، وقيل: أن لا يقدر أن يصلي قائمًا، وقيل: أن لا يقدر على المشي إلا أن يتهادى بين اثنين، وقيل: أن لا يقدر على صبِّ ماءٍ من كوزٍ إلىٰ كوزٍ، ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء والتوضِّي بنفسه كالصحيح عند البلخيين، وقال البخاريون: إذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريضٌ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: إن كان يخرج إلى الصلاة فصحيحٌ والمرأة لا تخرج فإن عجزت عن حوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضةٌ، وإلَّا فلا، والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح لأنَّه قد يعيش منه كثيرًا، قال ابن سلمة: إلَّا أن لا يرجىٰ برؤه بالتداوي، وقال الهندواني: إلَّا أن يكون مرضه يزداد أبدًا، فإن كان يزداد وينقص إن ماتَ بعد ذلك بسنةٍ فكالصحيح، وإن مات قبل سنة فمريضٌ، وذكر الناطفي: تصرفات المسلول كسائر المرضىٰ إلا أن يتطاول، وفسَّر أصحابنا التطاولَ بالسنة فإذا

الفِرَارِ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَى المَرَضِ فِي تَوَجُّهِ الهَلَاكِ الغَالِبِ، وَمَا يَكُونُ الغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةَ لَا يَثْبُتُ بِهِ حُكْمُ الفِرَارِ، فَالْمَحْصُورُ وَالَّذِي فِي صَفِّ القِتَالِ الغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةُ لِأَنَّ الحِصْنَ لِدَفْعِ بَأْسِ العَدُوِّ وَكَذَا المَنَعَةُ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ حُكْمُ الفِرَارِ، وَالَّذِي بَارَزَ أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَلَ الغَالِبُ مِنْهُ الهَلَاكُ فَيَتَحَقَّقُ بِهِ الفِرَارُ، وَلِهٰذَا أَخَوَاتٌ تَخْرُجُ عَلَىٰ هٰذَا الحَرْفِ،

بقي على هذه العلة سنةً فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته، وذكر الحلواني عن محمد رحمه الله تعالى: إذا دام المريض علىٰ حاله سنةً فحكمه حكم الصحيح، واختُلف في تفسير الطلق، قيل: الوجع الذي لا يسكن حتَّىٰ تموتَ أو تلد، وقيل: وإن سَكَن لأنَّ الوجع يسكن تارةً ويهيِّج أخرىٰ والأوَّل أوْجَه، وحدُّ المريض الذي يبيح التوكيل أن لا يقدر على المشي بقدمه، ولو كان لا يقدرُ ولكن يحمل على الدابة أو على ظهر إنسانٍ فإن كان يزداد مرضه بذلك يُباح صحَّة التوكيل، وإن لم يزدد اختلفوا.

قوله: وَلِهٰذَا أَخَوَاتٌ تَخْرُجُ عَلَىٰ هٰذَا الحَرْفِ، وهو أنَّ كل ما يكون الهلاكُ فيه غالبًا فهو في حكم مرض الموت، وكل ما تكون السلامة فيه غالبًا لكن قد يخاف الهلاكَ منه فهو في حكم الصحة، منها راكب السفينة أو النازل في المَسْبَعة لو طلَّق امرأته لا يكون فارًّا، وأمَّا إذا انكسرت السفينة أو تلاطمت الأمواج واشتدَّت الرياح أو وقع في فَمِ سُبُعٍ فطلَّق يكون فارًّا، فإذا طَلَّقها في مرضه ثلاثًا ثم قُتِل أو مات بغير ذلك المرض غير أنَّه لم يصح فلها الإرث، وقال عيسى بن أبان رحمه الله تعالىٰ: لا إرْثَ لها لأنَّ مرض الموت ما يكون سببًا للموت، ولمَّا مات بسبب آخر دلَّ أنه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها بماله يومئذٍ فصار كما لو طلقها في صحته، قلنا: الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتَّىٰ مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبيَّن به أنَّ مرضه لم يكن مرض الموت، أمةٌ

وَقَوْلُهُ إِذَا مَاتَ فِي ذٰلِكَ الوَجْهِ أَوْ قُتِلَ دَلِيلٌ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا مَاتَ بِذٰلِكَ السَّبَبِ أَوْ بِسَبَبٍ آخَرَ كَصَاحِبِ الفِرَاشِ بِسَبَبِ المَرَضِ إِذَا قُتِلَ.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ أَوْ إِذَا صَلَّىٰ فُلَانٌ الظُّهْرَ أَوْ إِذَا دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَكَانَتْ هٰذِهِ الأَشْيَاءُ وَالزَّوْجُ مَرِيضٌ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ القَوْلُ فِي المَرَضِ وَرِثَتْ إِلَّا فِي قَوْلِهِ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ) وَهٰذَا عَلَى وُجُوهٍ: إِمَّا أَنْ يُعَلِّقَ الطَّلَاقَ بِمَجِيءِ الوَقْتِ أَوْ بِفِعْلِ الأَجْنَبِيِّ أَوْ بِفِعْلِ نَفْسِهِ أَوْ

تحت حُرٍّ عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهي مريضةٌ ثم ماتت في العدَّة وَرِثَ زوجها لأنَّ الفرقة منها حتَّىٰ لا تكون طلاقًا، وكذلك صغيرةٌ زوَّجها أخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها فماتت في العدَّة ورث زوجها لأنَّ الفرقة منها حتى لم تكن طلاقًا، وكذا لو ارتدَّت في مرضها أو قبلت ابن زوجها ورثها لأنَّ الفرقه منها، ولو مضت مدة العنين فاختارت الفرقة في مرضها لم يرث زوجها لأنَّ الفرقة منه لأنه امتنع عن الإمساك بالمعروف فنابَ القاضي منابه في التسريح بالإحسان ولهذا كان طلاقًا، وكذا لو وجَبَ بعد ما أبانَها بعد الدخول فتزوَّجها فعَلِمَت في مرضها واختارت نفسَها وماتت لم يرث زوجها لأنه فرقة بالطلاق.

قوله: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ - إلى قوله - فَأَنْتِ طَالِقٌ، أي طالقٌ بائنٌ لأنَّ حكمَ الفرار إنَّما يثبت إذا كان الطلاق بائنًا.

قوله: إِلَّا فِي قَوْلِهِ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ، أي إلَّا في فصلٍ واحدٍ وهو ما إذا كان التعليقُ

بِفِعْلِ المَرْأَةِ، وَكُلُّ وَجْهٍ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ: إمَّا إنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كِلَاهُمَا فِي المَرَضِ، أَمَّا الوَجْهَانِ الأَوَّلَانِ وَهُوَ مَا إذَا كَانَ التَّعْلِيقُ بِمَجِيءِ الوَقْتِ بِأَنْ قَالَ: إذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بِفِعْلِ الأَجْنَبِيِّ بِأَنْ قَالَ: إذَا دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّىٰ فُلَانٌ الظُّهْرَ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ فَلَهَا المِيرَاثُ لِأَنَّ القَصْدَ إلَى الفِرَارِ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّعْلِيقِ فِي حَالِ تَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ لَمْ تَرِثْ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - تَرِثُ لِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالْمُنْجَزِ فَكَانَ إيقَاعًا فِي المَرَضِ، وَلَنَا أَنَّ التَّعْلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لَا قَصْدًا وَلَا ظُلْمَ إلَّا عَنْ قَصْدٍ فَلَا يُرَدُّ تَصَرُّفُهُ، وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّالِثُ وَهُوَ مَا إذَا عَلَّقَهُ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَسَوَاءٌ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كَانَا فِي المَرَضِ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهُ

بفعلها الذي لها منه بُدٌّ.

قوله: وَلَا ظُلْمَ إلَّا عَنْ قَصْدٍ، وهذا لأنه صفة للفعل والمُعَلَّقُ بالشرط صارَ مرسلاً عند الشرط لا بفعله وقصده، ولأنَّ التعليق في الصحة انقلبَ تطليقًا في المرض والتعليق لم يكن ظلمًا فلا ينقلبُ ظلمًا لأنَّ المعتبَر حالةُ التعليق، ألا ترىٰ أنَّ من علَّق وهو مُفِيقٌ ثم وجد الشرط بعد ما جنَّ تطلق وإن لم يكن المجنون من أهل التطليق، علم أنَّ المعتبَر حالةُ التعليق.

قوله: وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّالِثُ وَهُوَ مَا إذَا عَلَّقَهُ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَسَوَاءٌ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي

مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَارًّا لِوُجُودِ قَصْدِ الإِبْطَالِ، إِمَّا بِالتَّعْلِيقِ أَوْ بِمُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ فِي المَرَضِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْ فِعْلِ الشَّرْطِ بُدٌّ فَلَهُ مِنَ التَّعْلِيقِ أَلْفُ بُدٍّ فَيُرَدُّ تَصَرُّفُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، وَأَمَّا الوَجْهُ الرَّابِعُ وَهُوَ مَا إِذَا عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ كَكَلَامِ زَيْدٍ وَنَحْوِهِ لَمْ تَرِثْ لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذٰلِكَ،

الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كَانَا فِي المَرَضِ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ، فإن قيل: ينبغي أن لا يصير فارًّا في التعليق بالفعل الذي لا بُدَّ له منه إذا كان التعليق في الصحة لأنَّ الفعل إذا كان ممَّا لا بُدَّ له منه يصير مضطرًّا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلمًا فلا ترث، قلنا: الاضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حقَّ غيره لأنَّ حق غيره محترم معصوم وذلك لا يتفاوت بين كون المتلف مختارًا وبين كونه مضطرًا، ألا ترىٰ أنَّ من أتلف مال الغير نائمًا أو مخطئًا أو أصابته مخمصة فأكل مال الغير لاستبقاء مهجته فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أنَّ بقاء عصمته للغير يكفي لإيجاب الضمان، أو نقول: لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر إلى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا هنا.

قوله: وَأَمَّا الوَجْهُ الرَّابِعُ وَهُوَ مَا إِذَا عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا - إلى قوله - وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ كَكَلَامِ زَيْدٍ وَنَحْوِهِ لَمْ تَرِثْ لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذٰلِكَ، لأنَّها بمباشرة الشرط صارت راضيةً إذ الوجود مضافٌ إلى الشرط فكان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط، فإن قيل: إذا قال أحد شريكي العبد لصاحبه إن ضربته فهو حُرٌّ فضربه يعتقُ وللضارب ولاية تضمين الحالف، ولو كان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك، قلنا: الإرث يثبت بما له شبه العدوان فيبطل بما له شبه بالرضاء ولا كذلك الضمان، أو نقول: مسئلة الإعتاق من قبيل ما لا بُدَّ لها منه لأنَّ موضوعها في كتاب العتاق فيما إذا كان قال أحد الشريكين: إن لم

وَإِنْ كَانَ الفِعْلُ مِمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ كَأَكْلِ الطَّعَامِ وَصَلَاةِ الظُّهْرِ وَكَلَامِ الأَبَوَيْنِ تَرِثُ لِأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي المُبَاشَرَةِ لِمَا لَهَا فِي الِامْتِنَاعِ مِنْ خَوْفِ الهَلَاكِ فِي الدُّنْيَا أَوْ فِي العُقْبَىٰ وَلَا رِضًا مَعَ الِاضْطِرَارِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ، فَإِنْ كَانَ الفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ فَلَا إِشْكَالَ أَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ فَكَذٰلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الزَّوْجِ صُنْعٌ بَعْدَمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِمَالِهِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَرِثُ لِأَنَّ الزَّوْجَ أَلْجَأَهَا إِلَى المُبَاشَرَةِ فَيَنْتَقِلُ الفِعْلُ إِلَيْهِ كَأَنَّهَا آلَةٌ لَهُ كَمَا فِي الإِكْرَاهِ.

أضرب هذا العبد فهو حُرٌّ، فقال له شريكه: إن ضربتُه سوطًا فهو حُرٌّ، فضربه فإنَّ الضاربَ يضمن للحالف وهو مضطر إلى إكتساب هذا، وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدلُّ على رضاه بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضيةً بالمشروط.

قوله: فِي الدُّنْيَا، راجعٌ إلىٰ أكل الطعام.

قوله: أَوْ فِي العُقْبَىٰ، راجعٌ إلىٰ صلاة الظهر.

قوله: كَأَنَّهَا آلَةٌ لَهُ كَمَا فِي الإِكْرَاهِ، لأنَّ حد المكرَه أن يكون مضطرًّا بين شرَّين والمرأة كذلك لأنَّها لو باشرت الشرط تتضرَّر بوقوع الطلاق وإن امتنعت تعاقب في دار الآخرة، وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكرهةً فيضافُ فعلها إليه، كمن أكره إنسانًا على إتلاف ماله، وهذا لأنَّ الإكراه كما يقع بخوف تَلَفٍ عاجل فكذلك يقع بالتفسيق، ألا ترىٰ أنَّ فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقولٌ إلى الشاهد حتّىٰ يكون الضمان

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ صَحَّ ثُمَّ مَاتَ لَمْ تَرِثْ) وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: تَرِثُ لِأَنَّهُ قَصَدَ الفِرَارَ حِينَ أَوْقَعَ فِي الْمَرَضِ وَقَدْ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: المَرَضُ إِذَا تَعَقَّبَهُ بُرْءٌ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصِّحَّةِ لِأَنَّهُ يَنْعَدِمُ بِهِ مَرَضُ المَوْتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ فَلَا يَصِيرُ الزَّوْجُ فَارًّا.

(وَلَوْ طَلَّقَهَا فَارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ أَسْلَمَتْ ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ مِنْ مَرَضِهِ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ لَمْ تَرْتَدَّ بَلْ طَاوَعَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فِي الجِمَاعِ وَرِثَتْ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّهَا بِالرِّدَّةِ أَبْطَلَتْ أَهْلِيَّةَ الإِرْثِ إِذِ المُرْتَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَلَا بَقَاءَ لَهُ بِدُونِ الأَهْلِيَّةِ، وَبِالْمُطَاوَعَةِ مَا أَبْطَلَتِ الأَهْلِيَّةَ لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ لَا تُنَافِي الإِرْثَ وَهُوَ البَاقِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَاوَعَتْ فِي حَالِ

عليهم إذا رجعوا لأنَّ القاضي يصير ملجئًا إليه بشهادتِهم لأنه يفسق لو لم يقض بها، فإن قيل: الضرورةُ التي توجب نقلَ الفعل إليه ضرورة حاملة وهذه ضرورة مانعة لأنَّ غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق، قلنا: لمَّا ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كافٍ لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان.

قوله: لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ لَا تُنَافِي الإِرْثَ وَهُوَ البَاقِي، أي الإرث لأنَّ النكاح باقٍ في هذه الحالة في استحقاق الإرث فيكون الباقي هو الإرث أو سبب الإرث، فإن قيل: ينبغي أن لا ترث لأنَّا جعلنا النكاح باقيًا حكمًا في حق الإرث والنكاح الباقي حقيقةً يبطل بالمحرمية فهذا أحقُّ، فصار كما لو طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق، وكالمسئلة الأولىٰ، قلنا: الردَّة تنافي نفس الحقِّ وهو الإرث لأنَّ المرتد لا يرث أحدًا فلم يتصوَّر بقاء النكاح بدون الأهل،

قِيَامِ النِّكَاحِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الفُرْقَةَ فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ السَّبَبِ، وَبَعْدَ الطَّلْقَاتِ الثَّلَاثِ لَا تَثْبُتُ الحُرْمَةُ بِالْمُطَاوَعَةِ لِتَقَدُّمِهَا عَلَيْهَا فَافْتَرَقَا.

(وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ وَلَاعَنَ فِي المَرَضِ وَرِثَتْ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا تَرِثُ، وَإِنْ كَانَ القَذْفُ فِي المَرَضِ وَرِثَتْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهٰذَا مُلْحَقٌ بِالتَّعْلِيقِ بِفِعْلٍ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ إِذْ هِيَ مُلْجَأَةٌ إِلَى الخُصُومَةِ لِدَفْعِ عَارِ الزِّنَا عَنْ نَفْسِهَا وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ (وَإِنْ آلَىٰ وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ بَانَتْ بِالْإِيلَاءِ وَهُوَ مَرِيضٌ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ

فأمَّا المحرمية فإنَّما يبطل بِها الإرث بسبب بطلان النكاح مضافًا إليها ولم يوجد لأنَّ النكاح قد بطل بالثلاث وإنما بقى في حق الإرث خاصَّةً فما لا ينافي الإرث لا يعتبر منافيًا في حقِّ ما ثبتَ في الإرث خاصَّةً وبالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافةً إليها فلا يجب إبقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرًا لها مع رضاها ببطلان السبب.

قوله: **وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ وَلَاعَنَ** – إلى قوله – **وَهٰذَا مُلْحَقٌ بِالتَّعْلِيقِ بِفِعْلٍ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ**، ووجهه أنَّ سبب الفرقة قذفه إيَّاها ولكن بشرط اللعان فإنَّ القاضي يلاعنُ بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وإنَّما يلاعن بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرطٍ يوجد منها وهو ممَّا لا بُدَّ لها منه فإنَّها لا تجد بُدًّا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضيةً بسقوط حقِّها، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ لم يثبت حكم القرار لأنَّ الطلاق إنما يقع بلعانِها لأنه آخر اللعانين فكان آخر المدارين، فإن قيل: الفرقة إنَّما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين، قلنا: اللعان شهادةٌ عندنا على ما يأتِي، والحكم أبدًا يثبت بالشهادة لا بالقضاء.

قوله: **وَإِنْ آلَىٰ وَهُوَ صَحِيحٌ** – إلى قوله – **فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِالتَّعْلِيقِ بِمَجِيءِ الوَقْتِ**،

الإِيلَاءُ أَيْضًا فِي المَرَضِ وَرِثَتْ) لِأَنَّ الإِيلَاءَ فِي مَعْنَىٰ تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ خَالِيَةٍ عَنِ الوِقَاعِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِالتَّعْلِيقِ بِمَجِيءِ الوَقْتِ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ.

قَالَ: (وَالطَّلَاقُ الَّذِي يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ تَرِثُ بِهِ فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ حَتَّىٰ يُحِلَّ الوَطْءَ فَكَانَ السَّبَبُ قَائِمًا.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا تَرِثُ إِنَّمَا تَرِثُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فإن قيل: الإيلاءُ ليسَ نظيرُ تعليق الطلاق بمجيء الوقت وإن كان الإيلاء في الصحة لأنه متمكّن من إبطال الإيلاء بالفيء، فإذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنَّه إنشاء الإيلاء في المرض، وهناك يرث فكذلك ههنا، فكان نظير من وكل وكيلاً في صحته بالطلاق فطلَّقها الوكيلُ في المرض كان فارًّا لأنَّه كان متمكّنًا من العزل فإذا لم يعزل جعل كأنَّه إنشاء، كذلك ههنا، قلنا: الفرق بينهما ثابتٌ وهو أنَّه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضررٍ يلزمه لم يكن متمكنًا مطلقًا بخلاف مسئلة الوكالة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * *

بَابُ الرَّجْعَةِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا رَضِيَتْ بِذٰلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ العِدَّةِ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ اسْتِدَامَةُ المِلْكِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ سَمَّىٰ إِمْسَاكًا وَهُوَ الإِبْقَاءُ وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ الِاسْتِدَامَةُ فِي العِدَّةِ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ بَعْدَ انْقِضَائِهَا.

باب الرجعة

ذكر في المحيط: إذا أراد الرجل أن يراجع امرأته فالأحسن أن يراجعها بالقول لا بالفعل، لأنَّ صحة المراجعة بالقول متفَّقٌ عليها وبالفعل مختلفٌ فيها.

قوله: رَضِيَتْ بِذٰلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ، لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، يعني قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١] يعني إذا قرب انقضاء عدتِهنَّ فأمسكوهن من غير فصلٍ بين الرضاء وعدمه، أي لم يشترط رضاء المرأة.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ سَمَّىٰ إِمْسَاكًا وَهُوَ الإِبْقَاءُ وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ الِاسْتِدَامَةُ فِي العِدَّةِ، فإن قيل: كما سمَّى الله تعالى الرجعة إمساكًا فكذلك سماها ردًّا في قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وحقيقة الردِّ لا تكون إلا بعد الزوال، قلنا: لمَّا دلَّ الدليل علىٰ بقاء الملك حمل الرد على الحالة الأولىٰ حتى لا تبين بانقضاء على العدَّة لا الإعادة بعد الزوال والدليلُ علىٰ بقاء الملك بعد الطلاق الرجعيِّ أنه يملك الاعتياض بالخلع بعدَ

(وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ رَاجَعْتُكِ أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي) وَهٰذَا صَرِيحٌ فِي الرَّجْعَةِ وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الأَئِمَّةِ.

قَالَ: (أَوْ يَطَأَهَا أَوْ يُقَبِّلَهَا أَوْ يَلْمِسَهَا بِشَهْوَةٍ أَوْ يَنْظُرَ إِلَىٰ فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ) وَهٰذَا عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: لَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ حَتَّىٰ

الطلاق الرجعي إجماعًا وملكُ الاعتياض لا يكون إلَّا بعد بقاء أصل الملك، وكذلك يملكُ عليها سائرَ التصرفات التي كانت يملكُ عليها قبلَ الطلاق وهو الظِّهارُ والإيلاءُ واللعان فدلَّ ذلك علىٰ بقاء الملك مطلقًا.

قوله: وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ رَاجَعْتُكِ - أي عند الحضرة - أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي، أي في الحضرة والغيبة، ومن ألفاظ الرجعة: راجعتكِ أي رددتكِ وأمسكتكِ، وقوله أنتِ عندي كما كنتِ أو أنتِ امرأتِي إن نوى الرجعةَ.

قوله: أَوْ يَنْظُرَ إِلَىٰ فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ، المراد الفرج الداخل.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: لَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، بأن لم يكن أخْرَس أو معتقل اللسان، وهذا بناءٌ على أنَّ الرجعة عنده استباحة الوطئ ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون بالفعل، كأصل النكاح والوطئ قبل الرجعة حرامٌ فلا يكون سببًا للحلِّ كما هو أصله، وعندنا الرجعة استدامة الملك والفعل المختصُّ بالملك يدلُّ على استدامة الملك كالقول، وهو نظير الفيء في الإيلاء فإنه منع للمزيل من أن يعمل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع، وكذا إذا باع أمتَه علىٰ أنه بالخيار ثمَّ وطئها صار مُسْتَبْقيًا للملك بالوطئ كذا هنا لأنَّ الخيار ثَبَتَ شرعًا ليتدارك ما فرط منه ويتلافى ما فاتَ عنها ثم يثبتُ فعلاً.

يَحْرُمَ وَطْؤُهَا، وَعِنْدَنَا هُوَ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَسَنُقَرِّرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَالْفِعْلُ قَدْ يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الِاسْتِدَامَةِ كَمَا فِي إِسْقَاطِ الخِيَارِ، وَالدَّلَالَةُ فِعْلٌ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ وَهٰذِهِ الأَفَاعِيلُ تَخْتَصُّ بِهِ خُصُوصًا فِي الحُرَّةِ، بِخِلَافِ النَّظَرِ وَالْمَسِّ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ لِأَنَّهُ قَدْ يَحِلُّ بِدُونِ النِّكَاحِ كَمَا فِي القَابِلَةِ وَالطَّبِيبِ وَغَيْرِهِمَا، وَالنَّظَرُ إِلَىٰ غَيْرِ الفَرْجِ قَدْ يَقَعُ بَيْنَ المُسَاكِنَيْنِ وَالزَّوْجُ يُسَاكِنُهَا فِي العِدَّةِ، فَلَوْ كَانَ رَجْعَةً لَطَلَّقَهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لَا تَصِحُّ، وَهُوَ

قوله: وَالدَّلَالَةُ فِعْلٌ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، أي يجب أن يكون دلالة الاستدامة التي هي الرجعة فعلاً مختصًّا بالنكاح، وهذه الأفاعيل وهي الوطء والتقبيل واللمس بشهوة مختصَّة بالنكاح، فإن قيل: لا نُسلم أن هذه الأفاعيل مختصة بالنكاح لأنَّها توجد في الأمة المملوكة أيضا، قلنا: إنَّ الملك هو المقصود في الأمة، وهذه الأفعال تابعة في حق المملوكة والتابع معدومٌ حكمًا.

قوله: خُصُوصًا فِي الحُرَّةِ، يعني حلُّ هذه الأفاعيل في حق الحُرَّة لا تكون بدون النكاح، فأمَّا في حقِّ الأمة تكون بالنكاح وبدونه أيضًا كالشراء وغيره.

قوله: وَغَيْرِهِمَا، كالخاتنة، وكالشاهد على الزنا إذا احتاجَ إلىٰ تحمل الشهادة.

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ في أحد قوليه لا تصحُّ وهو قول مالك رحمه الله تعالىٰ،

قَوْلُ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَالْأَمْرُ لِلْإِيجَابِ، وَلَنَا إِطْلَاقُ النُّصُوصِ عَنْ قَيْدِ الْإِشْهَادِ، وَلِأَنَّهُ اسْتِدَامَةٌ لِلنِّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهِ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ كَمَا فِي الْفَيْءِ فِي الْإِيلَاءِ، إِلَّا أَنَّهَا تُسْتَحَبُّ لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ كَيْ لَا يَجْرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا، وَمَا تَلَاهُ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالْمُفَارَقَةِ وَهُوَ فِيهَا مُسْتَحَبٌّ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْلِمَهَا كَيْ لَا تَقَعَ فِي الْمَعْصِيَةِ (وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَقَالَ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ،

وهذا عجبٌ من مالك رحمه الله تعالىٰ فإنه لا يجعل الإشْهاد في النكاح شرطًا ويجعل الإشْهادَ على الرجعة شرطًا، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَنَا إِطْلَاقُ النُّصُوصِ، ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] من غير شرط الإشهاد فاشتراطه فيها زيادة على النصِّ وهي نسخ فلا يجوز إلَّا بدليلٍ يصلح له، وما تلا لا يصلح له لأنَّ المراد به الندب بدلالة الإجماع، فإنه جمع بينها وبين المفارقة وأمر بالإشهاد عليهما، ثُمَّ الإشهاد في حقِّ المفارقة مندوبٌ وليس بواجبٍ فكذا في الرجعة لاستحالة أن يكون اللفظ الواحد في حالةٍ واحدةٍ شاملاً لمعنيين مختلفين.

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْلِمَهَا كَيْ لَا تَقَعَ فِي الْمَعْصِيَةِ، فإنَّها ربما تتزوَّج بناءً علىٰ زعمها أنَّ زوجها لم يُراجعها وقد انقضت عدَّتها ويجامعها الزوج الثاني فتكون هي عاصيةً وزوجها الذي أوْقعها فيها مسيئًا بتَركه الإعلام، ولكن مع ذلك لو لم يعلمها بالرجعة جاز لأنَّ الرجعة عندنا استدامة القائم وليست بإنشاء فكانت الرجعة تصرفًا في خالصِ حقِّه وتصرُّف الإنسان في خالصِ حقِّه لا يتوقَّفُ على علم الغير، كذا في المحيط.

وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فِي الحَالِ فَكَانَ مُتَّهَمًا إِلَّا أَنَّ بِالتَّصْدِيقِ تَرْتَفِعُ التُّهْمَةُ، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهِيَ مَسْأَلَةُ الِاسْتِحْلَافِ فِي الْأَشْيَاءِ السِّتَّةِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

(وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُكِ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: تَصِحُّ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا صَادَفَتِ العِدَّةَ إِذْ هِيَ بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا إِلَىٰ أَنْ تُخْبِرَ وَقَدْ سَبَقَتْهُ الرَّجْعَةُ، وَلِهٰذَا

قوله: فَقَالَتْ مُجِيبَةً، أي على الفور متَّصلةً بقول الزوج.

قوله: إِذْ هِيَ - أي العدَّة - بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا إِلَىٰ أَنْ تُخْبِرَ وَقَدْ سَبَقَتْهُ الرَّجْعَةُ، بإخباره المرأةَ فصحَّت الرجعة وسقطت العدة وهي حين اخبَرت إنما اخبَرت بالانقضاء بعد سقوط العدَّة وليس لها ولاية الإخبار بعد سقوط العدَّة، كما لو سكتت ساعةً ثم اخبَرت، ولأنَّها صارت متهمةً في الإخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبَرها، كما لو قال الموكل للوكيل: عزلتُك، فقال الوكيل: كنتُ بعتُ، حيث لا يصدق الوكيل لكونه متهمًا، ولكونه غير قادر على الإنشاء، فهذا كذلك، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة أو بعدها فلا تصحُّ، وهذا لأنَّها أمينة في الإخبار عن أمرٍ يحتمل لجواز أن يثبت الانقضاء ساعتئذٍ فلا تقدر أن تخبَر قبل ذلك لأنه إنما يمكنها أن تخبَر بعد الانقضاء ومتىٰ قبل قولها عرف ذلك ضرورة أنَّ الانقضاء سابق على كلامها لأنَّ صحة الخبر تقتضي سبق المخبر به بزمانٍ أو بأزمنةٍ فإن كان بأزمنةٍ فقد صادفت الرجعة ما بعد الانقضاء وإن كان بزمانٍ فقد صادفت حال الانقضاء فلا تصحُّ الرجعة مع انقضاء العدة لأنَّ العدَّة في حال انقضائها لا تكون موجودةً مطلقًا وشرط الرجعة أن تكون في عدَّةٍ مطلقةٍ، فإن

لَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقْتُكِ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا صَادَفَتْ حَالَةَ الِانْقِضَاءِ لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الإِخْبَارِ عَنِ الِانْقِضَاءِ فَإِذَا أَخْبَرَتْ دَلَّ ذٰلِكَ عَلَىٰ سَبْقِ الِانْقِضَاءِ وَأَقْرَبُ أَحْوَالِهِ حَالُ قَوْلِ الزَّوْجِ وَمَسْأَلَةُ الطَّلَاقِ عَلَى الخِلَافِ، وَلَوْ كَانَتْ عَلَى الِاتِّفَاقِ فَالطَّلَاقُ يَقَعُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الِانْقِضَاءِ وَالْمُرَاجَعَةُ لَا تَثْبُتُ بِهِ.

(وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا: قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا وَصَدَّقَهُ المَوْلَىٰ وَكَذَّبَتْهُ الأَمَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

قيل: لمَّا كان قولها انقضت عدَّتِي مقتضيًا سبق الانقضاء كان قول الزوج راجعتكِ يقتضي سبق الرجعة أيضًا فلا تكون الرجعة في حال الانقضاء، قلنا: قوله راجعتُكِ إنشاء وهو إثبات أمرٍ لم يكن فلا يستدعي سبقَ الرجعةِ وقولها انقضت عدَّتِي إخبار وهو إظهار أمرٍ قد كان فيقتضي سبقَ الانقضاء ضرورة، وهذا بخلاف ما لو سكتَ ساعةً لأنها متهمة بالتأخير لأنَّ الانقضاء لو كان ثابتًا لوجب عليها أن تخبر فلما لم تخبر دلَّ أنها كاذبة فلم يقبل قولها، ولا يقال: مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرةٌ، لأنَّا نقول: إنَّ انقضاء العدة لا بُدَّ من أن يوافق حاله فتارةً يُوافق أكلها وتارةً يُوافق نومها وتارةً قولَ الزوج راجعتُكِ، وإنَّما تصير متهمةً إذا فرَّطت في الإخبار بالتأخير ولا تفريط منها ههنا لأنَّها لا تقدر على الإخبار إلَّا بعد الانقضاء، بخلاف الوكيل فإنه مفرط بالإخبار لأنَّ بيعه كان قبل العزل لا مع العزل، ومسئلة الطلاق على الخلاف، لا يقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، كما لو قال أنتِ طالقٌ مع انقضاء عدَّتكِ، والأصحُّ أنه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنتُ طلَّقتها في العدَّة كان مُصَدَّقًا في ذلك بخلاف الرجعة، كذا في المبسوط.

وَقَالَا: القَوْلُ قَوْلُ المَوْلَىٰ) لِأَنَّ بُضْعَهَا مَمْلُوكٌ لَهُ، فَقَدْ أَقَرَّ بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ لِلزَّوْجِ فَشَابَهَ الإِقْرَارَ عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ، وَهُوَ يَقُولُ حُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَىٰ عَلَى العِدَّةِ وَالْقَوْلُ فِي العِدَّةِ قَوْلُهَا، فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهَا، وَلَوْ كَانَ عَلَى القَلْبِ فَعِنْدَهُمَا القَوْلُ قَوْلُ المَوْلَىٰ، وَكَذَا عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهَا مُنْقَضِيَةُ العِدَّةِ فِي الحَالِ، وَقَدْ ظَهَرَ مِلْكُ المُتْعَةِ لِلْمَوْلَىٰ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي إِبْطَالِهِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ لِأَنَّ المَوْلَىٰ بِالتَّصْدِيقِ فِي الرَّجْعَةِ مُقِرٌّ بِقِيَامِ العِدَّةِ عِنْدَهَا وَلَا يَظْهَرُ مِلْكُهُ مَعَ العِدَّةِ (وَإِنْ قَالَتْ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَقَالَ الزَّوْجُ وَالْمَوْلَىٰ لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُكِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَٰلِكَ إِذْ هِيَ العَالِمَةُ بِهِ.

(وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ، وَإِنِ انْقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّىٰ تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلٍ) لِأَنَّ الحَيْضَ لَا مَزِيدَ لَهُ عَلَى العَشَرَةِ، فَبِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ خَرَجَتْ مِنَ الحَيْضِ فَانْقَضَتِ العِدَّةُ وَانْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ، وَفِيمَا دُونَ العَشَرَةِ يُحْتَمَلُ عَوْدُ الدَّمِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَعْتَضِدَ الِانْقِطَاعُ بِحَقِيقَةِ الِاغْتِسَالِ أَوْ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةً لِأَنَّهُ لَا يُتَوَقَّعُ فِي حَقِّهَا أَمَارَةٌ زَائِدَةٌ فَاكْتَفَىٰ بِالِانْقِطَاعِ، وَتَنْقَطِعُ إِذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلَّتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ،

قوله: وَتَنْقَطِعُ إِذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلَّتْ - مكتوبةً أو تطوعًا - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِذَا تَيَمَّمَتِ انْقَطَعَتْ،

رَحِمَهُمَا اللهُ، وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا تَيَمَّمَتِ انْقَطَعَتْ، وَهٰذَا قِيَاسٌ، لأنَّ التيممَ عند عدم الماء نُزِّلَ منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حلِّ أداء الصلاة لها به وحلِّ دخول المسجد وقراءة القرآن ومسِّ المصحف، ولا فرقَ بين الحُكم بجواز صلاةٍ أدِّيت وبين الحكم بجواز الإقدام علىٰ ما لم يؤدَّ بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط، ألا ترىٰ أنها لو اغتسلت وبقيت في بدنها لمعةٌ تنقطع الرجعة عنها احتياطًا وإن لم يحلّ لها أداء الصلاة فههنا أوْلىٰ، وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطًا وإن لم يحل لها أداء الصلاة فههنا أوْلىٰ أن تنقطع الرجعة وقد حلَّ لها أداء الصلاة، ولهما أنه طهارةٌ ضروريةٌ لأنه تلويث حقيقةٍ وهذا لأنه لا يرفع الحدثَ بيقينٍ حتى لو وجد المتيمِّم الماءَ كان محدثًا بالحدث السابق، وإنَّما جعل لها طهارةً حكمًا ضرورة الحاجة إلىٰ أداء الصلاة لأنها مخاطبة بأدائها ولا تقدر على أدائها إلا بالطهارة فأمرها الشرعُ بالتيمم لئلا تتضاعف عليها الواجبات، والثابت ضرورةً يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلاة وفيما هو من توابعها كدخول المسجد ومسِّ المصحف وقراءة القرآن، ولا ضرورةَ في حكم الرجعة فكان التيمُّمُ في حقها عند عدم الماء كالتيمم عند وجوده، ولكنَّه إذا فرغ من الصلاة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلاة وصحة الصلاة تثبت مطلقًا لا ضرورةً فطهرت في حقِّ سقوط الفرض عن ذمتها وفي حق انقطاع الرجعة لأنه من لوازمه، وقبل أداء الصلاة ما حَكَمنا بحكم في حقها لأنَّ حل الإقدام على الصلاة في حقِّها مترقب لأن كون التيمم طهارةً مترقب لترقب في شرطه وهو عدم الماء إلىٰ أن تفرغ من الصلاة، فإن عدمت الماء إلىٰ أن تفرغ من الصلاة تبيَّن أن الطهارة ثابتة في حقها والحكم بالطهارة ثابت، فإن وجدت الماء قبل ذلك تبيَّن أنَّ الطهارة ليست بثابتةٍ في حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم بإباحة الصلاة ثابتًا قبله، ولهذا تستقبل الصلاةَ إذا وجدت الماء في خلالِها، وهذا بخلاف ما إذا بقي على بدنها لمعةً

وَهٰذَا قِيَاسٌ لِأَنَّ التَّيَمُّمَ حَالَ عَدَمِ المَاءِ طَهَارَةٌ مُطْلَقَةٌ حَتَّىٰ يَثْبُتُ بِهِ مِنَ الأَحْكَامِ مَا يَثْبُتُ بِالِاغْتِسَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مُلَوِّثٌ غَيْرُ مُطَهِّرٍ، وَإِنَّمَا أُعْتُبِرَ طَهَارَةً ضَرُورَةَ أَنْ لَا تَتَضَاعَفَ الوَاجِبَاتُ، وَهٰذِهِ الضَّرُورَةُ تَتَحَقَّقُ حَالَ أَدَاءِ الصَّلَاةِ لَا فِيمَا قَبْلَهَا مِنَ الأَوْقَاتِ،

لأنَّ قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء إلىٰ ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارةً قويَّةً في نفسها والاغتسال بسُؤر الحمار كذلك فإنه طهارة قوية لكونِها اغتِسالاً بالماء ولكنها تُؤمر بضم التيمُّم إلىٰ ذلك في حكم حلِّ الصلاة احتياطًا لاشتباه الأدلَّة في طهارة الماء وقد كان الأصلُ فيه الطهارة، ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماءٍ آخر تنقطعُ الرجعة أيضًا لكونِها طهارةً قويَّةً، ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، والصحيح أنَّ الرجعة لا تنقطع عندهما ما لم تفرغ من الصلاة لأنَّ الحال بعد شروعها في الصلاة كالحال قبله، ألا ترىٰ أنها إذا رأت الماء بطل تيمُّمها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلاة فإنَّها وإن رأت الماء بقيت الصلاة مجزيةً فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرَّر الحكم بجواز الصلاة.

وههنا نكتةٌ معروفةٌ وهي أنَّ التيمم عند محمد رحمه الله تعالىٰ خلفٌ عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضروريةً ولهذا لا يصحُّ اقتداء المتوضيء بالمتيمِّم عنده، وههنا ترك أصله فجعلها طهارةً مطلقةً حتى قال تنقطع بِها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التُّراب خلفٌ عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضئ بالمتيمم عندهما وههنا جعلاها ضروريةً حتى قالا لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلاة، فالحاصلُ أنَّ محمدًا رحمه الله أخذ بالاحتياط في الموضعين جميعًا وهما جعلاها في حقِّ الصلاة طهارةً مطلقةً إذ الآية وردت في الصلاة وشرع التيمم للتمكن من الصلاة وفي حقِّ غيرها عملاً بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضروريةً.

وَالْأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةٌ اقْتِضَائِيَّةٌ، ثُمَّ قِيلَ تَنْقَطِعُ بِنَفْسِ الشُّرُوعِ عِنْدَهُمَا، وَقِيلَ بَعْدَ الفَرَاغِ لِيَتَقَرَّرَ حُكْمُ جَوَازِ الصَّلَاةِ.

(وَإِذَا اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ المَاءُ، فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ فِي العُضْوِ الكَامِلِ أَنْ لَا تَبْقَى الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا غَسَلَتِ الأَكْثَرَ، وَالقِيَاسُ فِيمَا دُونَ العُضْوِ أَنْ تَبْقَىٰ لِأَنَّ حُكْمَ الجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ لَا يَتَجَزَّأُ، وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ مَا دُونَ العُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلَا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ، فَقُلْنَا بِأَنَّهُ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ وَلَا يَحِلُّ لَهَا التَّزَوُّجُ أَخْذًا بِالِاحْتِيَاطِ فِيهِمَا، بِخِلَافِ العُضْوِ الكَامِلِ لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ وَلَا يَغْفُلُ عَنْهُ عَادَةً فَافْتَرَقَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -: أَنَّ تَرْكَ المَضْمَضَةِ وَالِاسْتِنْشَاقِ كَتَرْكِ عُضْوٍ كَامِلٍ،

قوله: وَالْأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةٌ، وهي حلُّ قراءة القرآن ومسِّ المصحف ودخول المسجد لأنَّ هذه الأحكام من توابع الصلاة إذ حلُّ الصلاة يقتضي حلّ دخول المسجد وحلّ قراءة القرآن وحلّ مسِّ المصحف فكان هذا جوابًا عن حرف الخصم بقوله: حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ، نحو الأصبع مثلاً، كذا في المحيط.

قوله: فَلَا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ، حتى لو تيقّنت بعدم وصول الماء إليه بأن

وَعَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ العُضْوِ لِأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلَافًا بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الأَعْضَاءِ.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَقَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ) لِأَنَّ الحَبَلَ مَتَىٰ ظَهَرَ فِي مُدَّةٍ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ جُعِلَ مِنْهُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» وَذٰلِكَ دَلِيلُ الوَطْءِ مِنْهُ وَكَذَا إِذَا ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِئًا، وَإِذَا ثَبَتَ الوَطْءُ تَأَكَّدَ المِلْكُ وَالطَّلَاقُ فِي مِلْكٍ مُتَأَكِّدٍ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ بِتَكْذِيبِ الشَّرْعِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهٰذَا الوَطْءِ الإِحْصَانُ فَلَأَنْ تَثْبُتَ بِهِ الرَّجْعَةُ

منعت منها قصدًا لا تنقطعُ الرجعة، كذا في المحيط.

قوله: وَعَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ العُضْوِ لِأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلَافًا، فإنَّ عند الشافعي رحمه الله تعالى المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة، وفي المحيط: فإن كان الباقي أحد المنخرين فالرجعة باقيةٌ بالاتفاق.

قوله: وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَقَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ - إلى قوله - وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ بِتَكْذِيبِ الشَّرْعِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهٰذَا الوَطْءِ الإِحْصَانُ، أي في حقِّ الرجم مع أنه يندرئ بالشبهات، فإن قيل: وجب أن لا يكون له حقُّ الرجعة لأنَّ الرجعة حقٌّ مستحقٌّ له وقد أنكَر ثبوتها له، أقصىٰ ما في الباب أنه صار مُكَذَّبًا شرعًا حكمًا لثبوت النسب منه لكن لا يلزم من كونه مُكَذَّبًا شرعًا بقاءُ ما كان حقًّا له وصار هذا الرجل أقرَّ بعينٍ لإنسان ثم اشتراها ثم استحقَّ من يده ثم وصلت إليه يومًا من الدهر أمر بالتسليم إلى المُقِرّ له وإن صار مكذَّبًا شرعًا، قلنا: لم يتعلق

أَوْلَىٰ، وَتَأْوِيلُ مَسْأَلَةِ الوِلَادَةِ أَنْ تَلِدَ قَبْلَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتْ بَعْدَهُ تَنْقَضِي العِدَّةُ بِالْوِلَادَةِ فَلَا تُتَصَوَّرُ الرَّجْعَةُ.

قَالَ: (فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَىٰ سِتْرًا وَقَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَمْلِكِ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ تَأَكُّدَ المِلْكِ بِالْوَطْءِ وَقَدْ أَقَرَّ بِعَدَمِهِ فَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ وَلَمْ يَصِرْ مُكَذَّبًا شَرْعًا، بِخِلَافِ المَهْرِ لِأَنَّ تَأَكُّدَ المَهْرِ المُسَمَّىٰ يُبْتَنَىٰ عَلَىٰ تَسْلِيمِ المُبْدَلِ لَا عَلَى القَبْضِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ.

(فَإِنْ رَاجَعَهَا) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا خَلَا بِهَا وَقَالَ: لَمْ أُجَامِعْهَا (ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بِيَوْمٍ صَحَّتْ تِلْكَ الرَّجْعَةُ) لِأَنَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ إِذْ هِيَ لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَالْوَلَدُ يَبْقَىٰ فِي البَطْنِ هٰذِهِ المُدَّةَ

بإقراره هنا حقُّ الغير والموجب لحق الرجعة ثابتٌ وهو الطلاق بعد الدخول فوجب أن يكون له حق الرجعة بخلاف الإقرار فإنَّه تعلَّق به حقُّ الغرماء وإن صار المقرُّ مكذبا شرعًا، فإن قيل: لم أجامعها صريح في عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحًا في وجود الجماع والصريح إذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح أوْلىٰ، قلنا: الدلالة من الشارع أقوىٰ من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتماله من الشارع.

قوله: فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَىٰ سِتْرًا، في الفوائد الظهيرية: ذكر ههنا في الجامع الصغير: أغلق بابًا وأرخىٰ سترًا، بالواو، وفي كتاب الطلاق قال: أو أرخىٰ سترًا، بأو وهو الصحيح.

فَأُنْزِلَ وَاطِئًا قَبْلَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا بَعْدَهُ لِأَنَّ عَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي يَزُولُ الْمِلْكُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ لِعَدَمِ الوَطْءِ قَبْلَهُ فَيَحْرُمُ الوَطْءُ وَالْمُسْلِمُ لَا يَفْعَلُ الحَرَامَ (فَإِنْ قَالَ لَهَا إِذَا وَلَدْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ فَهِيَ رَجْعَةٌ) مَعْنَاهُ مِنْ بَطْنٍ آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ إِذَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ لِأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهِ بِالْوَلَدِ الأَوَّلِ وَوَجَبَتِ العِدَّةُ فَيَكُونُ الوَلَدُ الثَّانِي مِنْ عَلُوقٍ حَادِثٍ مِنْهُ فِي العِدَّةِ لِأَنَّهَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ فَيَصِيرُ مُرَاجِعًا.

قوله: فَأُنْزِلَ وَاطِئًا قَبْلَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا بَعْدَهُ لِأَنَّ عَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي - وهو جعله واطئًا بعد الطلاق - يَزُولُ المِلْكُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ لِعَدَمِ الوَطْءِ قَبْلَهُ فَيَحْرُمُ الوَطْءُ وَالْمُسْلِمُ لَا يَفْعَلُ الحَرَامَ، وعلى الاعتبار الأول وإن صار كاذبًا والكذب حرام أيضًا إلّا أنه أهْوَن من الزنا.

قوله: فَيَكُونُ الوَلَدُ الثَّانِي مِنْ عَلُوقٍ حَادِثٍ، ضرورة، لأنَّ الولد لا يبقى في البطن لأكثر من سنتين فيكون من زوجها إذ لا يظنُّ بها ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة، وأمَّا إذا ولدت لأقلَّ من سنتين فلأنَّ العلوق حادث والحادث يضاف إلىٰ أقرب الزمان إذا أمكن وقد أمكن إذا تخلَّل بين الولادتين ستَّة أشهرٍ فصاعدًا، وذكر في كتاب الدعوى أنَّ المطلقة طلاقًا رجعيًّا إذا ولدت لأقلَّ من سنتين بيوم لا يكون رجعة، وإن ولدت لأكثر من سنتين يكون رجعة لأنها إذا ولدت لأقلَّ من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعةً واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعةً فلا تثبت الرجعة بالشكِّ، أمَّا هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال لأنَّها ولدت ولدين فلو لم يجعل الولد الثاني من علوق حادث لصار مع الولد الأول بطنًا واحدًا والاتحاد لا يثبت بالشكِّ إذا كان بين الولدين ستة أشهرٍ

(وَإِنْ قَالَ كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثَلَاثَةَ أَوْلَادٍ فِي بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ فَالْوَلَدُ الأَوَّلُ طَلَاقٌ وَالْوَلَدُ الثَّانِي رَجْعَةٌ وَكَذَا الثَّالِثُ) لِأَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِالْأَوَّلِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَصَارَتْ مُعْتَدَّةً، وَبِالثَّانِي صَارَ مُرَاجِعًا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ العَلُوقَ بِوَطْءٍ حَادِثٍ فِي العِدَّةِ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ الثَّانِي بِوِلَادَةِ الوَلَدِ الثَّانِي لِأَنَّ اليَمِينَ مَعْقُودَةٌ بِكَلِمَةِ كُلَّمَا وَوَجَبَتِ العِدَّةُ، وَبِالْوَلَدِ الثَّالِثِ صَارَ مُرَاجِعًا لِمَا ذَكَرْنَا، وَتَقَعُ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ بِوِلَادَةِ الثَّالِثِ وَوَجَبَتِ العِدَّةُ بِالْأَقْرَاءِ لِأَنَّهَا حَائِلٌ مِنْ ذَوَاتِ الحَيْضِ حِينَ وَقَعَ الطَّلَاقُ (وَالْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) لِأَنَّهَا حَلَالٌ لِلزَّوْجِ إِذِ النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ الرَّجْعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ وَالتَّزَيُّنُ حَامِلٌ لَهُ عَلَيْهَا فَيَكُونُ مَشْرُوعًا.

فصاعدًا فصار الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعةً.

قوله: وَبِالْوَلَدِ الثَّالِثِ صَارَ مُرَاجِعًا لِمَا ذَكَرْنَا، وهو أنه يجعل العلوقَ بوطءٍ حادث في العدَّة، فإن قيل: بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لأنَّ الوطء في النفاس حرامٌ، قلنا: لا يلتفت إلىٰ هذا رعايةً للنسب لأنَّ النسب مما يحتاط في إثباته والنفاسُ قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقلُّ وقد يكثر فلا تيقن بارتكاب الحرام، ولو ولدت ثلاثة أولاد في بطنٍ واحدٍ والمسئلة بحالها فإنها تطلق ثنتين وانقضت العدَّة بالولد الثالث، لأنَّ علوق الكل دفعة واحدة فلا حاجة إلى القول بالرجعة، فإذا ولدت الأول وقعت واحدةً ووجبت العدة، وإذا ولدت الولد الثاني وهي معتدة يقع آخرٌ، وإذا ولدت الولد الثالث تنقضي العدة بوضع الحمل لأنه لا ولدَ

(وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّىٰ يُؤْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ المُرَاجَعَةُ لِأَنَّهَا رُبَّمَا تَكُونُ مُتَجَرِّدَةً فَيَقَعُ بَصَرُهُ عَلَىٰ مَوْضِعٍ يَصِيرُ بِهِ مُرَاجِعًا ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَلَيْهَا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّىٰ يُشْهِدَ عَلَىٰ رَجْعَتِهَا) وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: لَهُ ذٰلِكَ لِقِيَامِ النِّكَاحِ، وَلِهٰذَا لَهُ أَنْ يَغْشَاهَا عِنْدَنَا، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] الآيَةَ، وَلِأَنَّ تَرَاخِيَ عَمَلِ المُبْطِلِ لِحَاجَتِهِ إِلَى المُرَاجَعَةِ، فَإِذَا لَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتِ العِدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَهُ فَتَبَيَّنَ أَنَّ المُبْطِلَ عَمَلَ عَمَلَهُ مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ، وَلِهٰذَا تُحْتَسَبُ الأَقْرَاءُ مِنَ العِدَّةِ فَلَمْ يَمْلِكِ الزَّوْجُ

في البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة.

قوله: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ﴾ الآية، نزلت في المعتدَّات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [الطلاق: ١] ثمَّ قال: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ﴾ وصريح الطلاق رجعي، فإن قيل: الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلِمَ لا يكون إخراجها للمسافرة رجعةً بل هو دليل الرجعة لأنَّ الظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب المنهي عنه وإخراجها من بينها بدون الرجعة منهي عنه، قلنا: المسافرة لا تكون أعلىٰ من السكون معها في منزلٍ واحدٍ وذا لا يكون دليل الرجعة، نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن إذا كان ذلك ظاهرًا لا يخفىٰ عليه، والنهي عن الاخراج في العدة مما يخفىٰ على بعض العلماء فضلاً عن العوام، علىٰ أنَّ الكلامَ في رجلٍ ينادي بأعْلىٰ صوته أنه لا يراجعها ولا عبْرة للدلالة مع الصريح بخلافه.

قوله: وَلِهٰذَا تُحْتَسَبُ الأَقْرَاءُ مِنَ العِدَّةِ، ولو اقتصر الزوال على الانقضاء لوجبت

الإِخْرَاجَ إِلَّا أَنْ يُشْهِدَ عَلَىٰ رَجْعَتِهَا فَتَبْطُلُ العِدَّةُ وَيَتَقَرَّرُ مِلْكُ الزَّوْجِ، وَقَوْلُهُ حَتَّىٰ يُشْهِدَ عَلَىٰ رَجْعَتِهَا مَعْنَاهُ الِاسْتِحْبَابُ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الوَطْءَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُحَرِّمُهُ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ زَائِلَةٌ لِوُجُودِ القَاطِعِ وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَلَنَا أَنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّىٰ يَمْلِكَ مُرَاجَعَتَهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا لِأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلزَّوْجِ لِيُمْكِنَهُ التَّدَارُكُ عِنْدَ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ، وَهٰذَا المَعْنَىٰ يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ، وَذٰلِكَ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ اسْتِدَامَةً لَا إِنْشَاءً إِذِ الدَّلِيلُ يُنَافِيهِ

العدَّة بالأقراء بعد ذلك لأنَّ العدَّة لا تجب إلا قضاءً لحقِّ نكاح انقطع، فلو جوزنا المسافرة معها تبين بعد الانقضاء أنَّ الطلاقَ كان عاملاً زمان الوقوع وكان المسافرة مع الأجنبية فكان حال انقطاعه لا حال بقائه كما زَعم زُفَرُ رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الوَطْءَ، حتَّىٰ لو وطئها لا يغرم العقر، وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: يُحَرِّمه، حتى يغرم العقر.

قوله: يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ، يعني ثبوت حقِّ الرجعة للزوج بعد الطلاق ليمكنه التدارك عند الندم يوجب استبداد الزوج بذلك التدارُك، واستبداد الزوج بذلك الحقِّ يشعر بكون ذلك الحقِّ استدامةً للنكاح الأول لا إنشاءً للنكاح الجديد.

قوله: إِذِ الدَّلِيلُ يُنَافِيهِ، أي ينافي إنشاء النكاح منها بدون رضاها، لأنَّ القياسَ يأبَىٰ جواز نكاح الحرة وإن كان برضاها إلَّا أنه ثبت بالنصِّ فعند عدم الرضاء بقىٰ على أصل القياس والقاطعُ تأخَّر عمله إجماعًا بدليل أنه يملك عليها الإيلاء والظهار ويجري الميراث بينهما، ولهذا سمَّى الله تعالى الزوج بعلاً والبعلُ هو الزوج والزوجية تُثبِتُ الحلَّ، قال الله

وَالْقَاطِعُ أَخَّرَ عِلْمَهُ إِلَىٰ مُدَّةٍ إِجْمَاعًا أَوْ نَظَرًا لَهُ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [المؤمنون: ٦].

قوله: وَالْقَاطِعُ أَخَّرَ عِلْمَهُ إِلَىٰ مُدَّةٍ إِجْمَاعًا، جوابٌ عن قول الخصم وهو قوله: الزوجية زائلةٌ لوجود القاطع وهو الطلاق، نقول: نعم وُجِد القاطع ولكن أُخِّر عمل القاطع إلى انقضاء العدَّة إجماعًا، فإنَّ عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضاء المرأة كما هو قولنا، وملك الرجعة عليها من غير رضاها يدل على أنَّ النكاح قائمٌ، إذ لو زال لكانت الرجعة إثباتًا للملك عليها ابتداءً، وأحدٌ لا يملك ابتداءَ النكاح على الأجنبية إلَّا برضاها ،وكذا من غير مهرٍ ومن غير وليّ عنده، وكذا بغير شهودٍ.

قوله: أَوْ نَظَرًا لَهُ، أي للزوج على اعتبار الخلاف.

قوله: عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ، وهو قوله: لِأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلزَّوْجِ، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِيمَا تَحِلُّ بِهِ المُطَلَّقَةُ

(وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي العِدَّةِ وَبَعْدَ انْقِضَائِهَا) لِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ بَاقٍ لِأَنَّ زَوَالَهُ مُعَلَّقٌ بِالطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ فَيَنْعَدِمُ قَبْلَهُ، وَمَنْعُ الغَيْرِ فِي العِدَّةِ لِاشْتِبَاهِ النَّسَبِ وَلَا اشْتِبَاهَ فِي إِطْلَاقِهِ (وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الحُرَّةِ أَوْ ثِنْتَيْنِ فِي الأَمَةِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فَالْمُرَادُ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ، وَالثِّنْتَانِ فِي حَقِّ الأَمَةِ

فصل فيما تحلُّ به المطلقة

قوله: لِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ بَاقٍ، المعنى من حلِّ المحلية كونُها أُنثىٰ من بني آدم ليست من المحرّمات وهو موجودٌ ههنا.

قوله: وَمَنْعُ الغَيْرِ، جوابٌ عن سُؤالٍ مقدَّر بأن يقال إنَّ الله تعالىٰ لم يُجَوِّز نكاح المعتدة مطلقًا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] فأجابَ بقوله: إنَّما كان ذلك لاشتباه النسب، والتعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه لا بيان العلة لوجود التخلف فيه، فإنَّه لو طلق الصغيرة أو الآيسة تجب العدة ومُنِع الغير عن تزوجها في العدة وإن لم يكن فيه اشتباه النسب، وكذلك لا يجوز تزويج المعتدة من الصبي وإن لم يكن فيه اشتباهُ النسب لأنه لا يثبت النسب منه.

كَالثَّلَاثِ فِي حَقِّ الحُرَّةِ، لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ لِحِلِّ المَحَلِّيَّةِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، ثُمَّ الغَايَةُ نِكَاحُ الزَّوْجِ مُطْلَقًا، وَالزَّوْجِيَّةُ المُطْلَقَةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَشَرْطُ الدُّخُولِ ثَبَتَ بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهُوَ أَنْ يُحْمَلَ النِّكَاحُ عَلَى الوَطْءِ حَمْلًا لِلْكَلَامِ عَلَى الإِفَادَةِ دُونَ الإِعَادَةِ إِذِ العَقْدُ أُسْتُفِيدَ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الزَّوْجِ أَوْ يُزَادَ عَلَى النَّصِّ بِالْحَدِيثِ المَشْهُورِ،

قوله: لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ لِحِلِّ المَحَلِّيَّةِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، الرقُّ مُنَصِّفٌ للعقوبة لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] فيكون منصفًا للنعمة، إذ لو لا ذلك لكملت النعمة فتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها.

قوله: وَالزَّوْجِيَّةُ المُطْلَقَةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، لأنَّ الوطء يحرم في الفاسد ويجب التفريق ولا يجب المهر قبل الوطء، ولهذا لو حلف لا يتزوَّجُ فتزوَّجَ امرأةً نكاحًا فاسدًا لا يحنثُ.

قوله: حَمْلًا لِلْكَلَامِ عَلَى الإِفَادَةِ، النكاح يذكر للعقد ويذكر للوطء وهو أصله، وقد أريد به الوطء هنا ليكون الكلام محمولاً على الإفادة لا على الإعادة إذ العقد مستفاد من اسم الزوج، فإن قيل: جاز أن يسمَّىٰ زوجًا لأنه يعرض أن يصير زوجًا، قلنا: الأصل في الكلام هو الحقيقة ولا يعدل عنها بلا ضرورةٍ، فإن قيل: قد تحققت الضرورة وهي إضافته إلى المرأة لأنها لا تكون واطئةً وإنما تكون موطوءةً، قلنا: إضافة الوطء إلى المرأة تجوز مجازًا باعتبار التمكن، كما في قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ﴾ [النور: ٢] فلو حمل على الوطء لكان فيه مجازٌ واحدٌ وإعمالٌ للفظ النكاح والزوج على الحقيقة، ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان، والأول أَوْلىٰ، أو نقول: ما قلنا أَوْلىٰ لأنَّ فيه مجازًا وإفادةً، وفيما قلتم مجازٌ وإعادةٌ.

وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تَحِلُّ لِلْأَوَّلِ حَتَّىٰ تَذُوقَ عُسَيْلَةَ الآخَرِ» رُوِيَ بِرِوَايَاتٍ، وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِيهِ سِوَىٰ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ، وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ حَتَّىٰ لَوْ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي لَا يَنْفُذُ، وَالشَّرْطُ الإِيلَاجُ دُونَ الإِنْزَالِ لِأَنَّهُ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ وَالْكَمَالُ قَيْدٌ زَائِدٌ.

(وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ كَالْبَالِغِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُوَ الشَّرْطُ بِالنَّصِّ، وَمَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ - يُخَالِفُنَا فِيهِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّاهُ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلَامٌ لَمْ يَبْلُغْ وَمِثْلُهُ يُجَامِعُ جَامَعَ امْرَأَتَهُ وَجَبَ عَلَيْهَا الغُسْلُ وَأَحَلَّهَا عَلَى الزَّوْجِ

قوله: رُوِيَ بِرِوَايَاتٍ، رُوِيَ بلفظ الخطاب: حتَّىٰ تذوقي عُسَيْلَته ويَذُوقُ عُسَيْلتكِ، وفي رواية: من عُسَيْلَتِه ومن عُسَيْلَتِكِ، وفي رواية: حتَّىٰ يذوقُ عُسَيْلَتَه، إلى آخره بلفظ الغيبة.

قوله: وَالشَّرْطُ الإِيلَاجُ، لأنَّ الذوق يحصل بالإيلاج والانزال شبعٌ فلا يشترط.

قوله: وَالْكَمَالُ قَيْدٌ زَائِدٌ، أي الحديث المشهور شرط الدخول وهو عبارة عن الإيلاج فحسب، فكان اشتراط الإنزال في الإيلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل في الماهية فلا يتوقف الحكم المرتب على الأمر الكامل إلى زيادة وصفٍ لا دلالةَ له في اللفظ عليه لأنه يجري مجرى النسخ.

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وقوله: وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلَامٌ لَمْ يَبْلُغْ وَمِثْلُهُ يُجَامِعُ، معناه أن تتحرك آلته ويشتهي، وهذا لأنَّ في الحديث ذكر الذوق من الطرفين وهذا إنَّما يتحقَّق في المراهق الذي يشتهي، والأَوْلىٰ أن يكون المحلِّل حُرًّا بالغًا، قال الإمام قاضي خان: وثبوت

الأَوَّلِ، وَمَعْنَى هٰذَا الكَلَامِ أَنْ تَتَحَرَّك آلَتُهُ وَيَشْتَهِي، وَإِنَّمَا وَجَبَ الغُسْلُ عَلَيْهَا لِالْتِقَاءِ الخِتَانَيْنِ وَهُوَ سَبَبٌ لِنُزُولِ مَائِهَا وَالْحَاجَةِ إِلَى الإِيجَابِ فِي حَقِّهَا، أَمَّا لَا غُسْلَ عَلَى الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ يُؤْمَرُ بِهِ تَخَلُّقًا.

قَالَ: (وَوَطْءُ المَوْلَىٰ أَمَتَهُ لَا يُحِلُّهَا) لِأَنَّ الغَايَةَ نِكَاحُ الزَّوْجِ (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ» وَهٰذَا هُوَ مَحْمَلُهُ (فَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَمَا وَطِئَهَا حَلَّتْ لِلْأَوَّلِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ إِذِ النِّكَاحُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفْسِدُ النِّكَاحَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى المُؤَقَّتِ فِيهِ وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الأَوَّلِ لِفَسَادِهِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الأَوَّلِ لِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ الشَّرْعُ

الحلُّ للزوج الأول بوطء الصبي مذهبُنا، يثبت الحل بوطء الزوج الثاني سواءٌ كان صبيًّا أو مجنونًا أو حُرًّا أو مملوكًا، وقال الحسن البصري: لا يحلُّها جماع الصبي لأنَّ عنده التحليل لا يتمُّ بدون الإنزال، وعند مالك والشافعي رحمهما الله تعالى: لا يتمُّ التحليل إلَّا بجماع من كان من أهل الماء.

قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ، بأن قال: تزوَّجتُكِ علىٰ أن أُحَلِّلَكِ، أو قالت المرأة ذلك، أمَّا لو أضْمَرَ ذلك في قلبهما فإنه يصحُّ العقد وتحل للأول عند عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله تعالى: لا يصحُّ، وذكر الإمام التمرتاشي: لو خافت المرأة أن لا يُطَلِّقها المحلِّل فتقول: زَوَّجْتُ نفسي منكَ على أنَّ أمري بيدي أُطَلِّقُ نفسي كلما أريد، فيقول الرجل: قبلتُ، جاز النكاح وصار الأمر في يدها، وفي التفاريق: لو ادعت دخول

فَيُجَازَىٰ بِمَنْعِ مَقْصُودِهِ كَمَا فِي قَتْلِ الْمُوَرِّثِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلَاثِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثَ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ) لِأَنَّهُ غَايَةٌ لِلْحُرْمَةِ بِالنَّصِّ فَيَكُونُ مَنْهِيًّا، وَلَا إِنْهَاءَ لِلْحُرْمَةِ قَبْلَ الثُّبُوتِ،

المُحَلِّل صُدِّقت وإن أنْكَرَ هو، وكذا على العكس.

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ - إلى أن قال - وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّهُ غَايَةٌ لِلْحُرْمَةِ بِالنَّصِّ فَيَكُونُ مَنْهِيًّا، وَلَا إِنْهَاءَ لِلْحُرْمَةِ قَبْلَ الثُّبُوتِ، والزوج الثاني غايةٌ للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنصِّ قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وكلمة حتى للغاية ولم تثبت تلك الحرمة بالطلقة والطلقتين لأنها متعلقة بالثلاث وببعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلم يكن الزوج الثاني غاية إذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محالٌ، ألا ترىٰ أنه لو قال: إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانًا حتى أستشير فلانًا، ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا لأنَّ الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين فإذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها، ولو تزوَّجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقىٰ من التطليقات فكذلك هنا، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا: إصابة الزوج الثاني بنكاحٍ صحيحٍ تلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلاث، وبيان هذا أنَّ بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلَّقة ثم

وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»

بإصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعًا وتلحق بالأجنبية التي لم يتزوجها، فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفةً بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثاني.

ثمَّ الدليل على أنَّ الزوج الثاني رافعٌ للحرمة وموجبٌ للحلِّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»، والمحلِّل من يثب الحلَّ كالمُسَوِّدِ من يثبت السوادَ، فإن قيل: إنَّما يثبت كونه محللاً بهذا النصِّ عند استحقاق اللَّعن فكيف يثبت التحليل عند عدمه، قلنا: لمَّا ثَبَت التحليل مع استحقاق اللَّعن فلَأَن يثبت التحليل عند عدمه أَوْلىٰ، على أنَّ التحليل من حيث أنه زوجٌ واستحقاقُ اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بأمرٍ آخرٍ، ولمَّا كان مُحلِّلاً وَجَبَ أن يكون مفيدًا لحِلٍّ لا يزول إلَّا بثلاثِ تَطْلِيقاتٍ فكذا في المُتَنازع فيه، أو نقول: لمَّا كان مفيدًا لأصل الحلِّ فلَأَن يكون مُكَمِّلاً للحلِّ أَوْلىٰ لأنَّ إثباتَ الوصف أَيْسَرُ من إثبات الأصل ولا ذلك إلَّا بهدم الطلقة والطلقتين، فإن قيل: الزوج الثاني غايةٌ للحرمة بكتاب الله تعالىٰ فمتىٰ جعلناه مُثْبتًا للحلِّ مطلقًا يلزم تغير قضية الكتاب ومتىٰ جعلناه غايةً للحرمة يكون عملاً بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبَر، وهذا أَوْلىٰ من العمل بحقيقة الخبَر وبمجاز الكتاب، قلنا: نحن نعملُ بحقيقتهما لأنَّ الكتابَ جعله غايةً ونحن جعلناه غايةً والخبر جعله مُحلِّلاً والكتاب ساكتٌ عنه فجعلناه مُحلِّلاً فكان هنا عملاً بحقيقتهما وأنتم فإن عملتم بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبَر فكان ما ذهبنا إليه أَوْلىٰ.

فإن قيل: جعله مُحلِّلاً يخلُّ بمعنى الغاية لأنَّ غاية الشيء بمنزلة ما ينتهي به الشيء من غير أن يكون مُؤَثِّرًا في شيءٍ ومُثْبِتًا لشيءٍ، قلنا: لا مُنافاةَ بينهما لأنَّ الشيء كما ينتهي بمضي الوقت ينتهي بوجود ضدِّه، كالصوم ينتهي بمجيء الليل وكذا بوجود ضده وهو الأكل، وكذا الحياةُ تنتهي بوجود ضدِّه وهو الموت، وكذا الرقُّ ينتهي بوجود

سَمَّاهُ مُحَلِّلًا وَهُوَ الْمُثْبِتُ لِلْحِلِّ (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ وَدَخَلَ بِيَ الزَّوْجُ وَطَلَّقَنِي وَانقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذٰلِكَ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا

ضده وهو العتق، فكذا الحرمة هنا تنتهي بوجود الزوج الثاني لأنَّه يوجبُ ضدها وهو الحلُّ، وهذا لأنَّ الشيء قد يكون غايةً بصورته وقد يكون غايةً بمعناه، فجعلناه غايةً بمعناه لأنه يثبت الحلّ به، وهذا كالنصِّ المحلِّل إذا وَرَدَ لم يبق النصُّ المُحَرِّم لأنَّ النصَّ المحلِّلَ رافعٌ للنصِّ المحرِّم لأنَّ هذا بداء على الله تعالى ولكن تبيَّن به أنَّ النصَّ المُحَرِّمَ يُوَقِّتُ إلىٰ هذا الوقت فكان غاية بمعناه لأنه يثبت ضده وهو الحلُّ فكذا هنا، يدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا۟ۚ﴾ [النساء: ٤٣] ولا شكَّ أنَّ الاغتسال كما ينتهي به الحدثُ تثبت به الطهارة الجديدة.

فإن قيل: الزوجُ الثاني إنَّما صار محلِّلاً للحاجة ولا حاجةَ هنا فكان بمنزلة المعذور إذا توضَّأ في آخر وقت الظهر بعد ما صلَّى الظهرَ وانقطع الدمُ بنقض وضوءه بالسيلان في وقت العصر لعدم حاجته إلىٰ تلك الطهارة، قلنا: إنَّما يستقيم هذا أن لو كان كونه مُثْبِتًا للحلِّ لمكان الحاجة وليس كذلك، ألا ترىٰ أنه لو تزوَّجها علىٰ قصد أن لا يُطَلِّقَها أبدًا أو لم يكن من قصد الأول أن يراجعها أبدًا يثبت الحلُّ، بخلاف طهارة صاحب العذر فإنَّها شُرِعت للحاجة، وهذه مسئلةٌ اختلف فيها أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام، ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالىٰ قول ابن عباس وابن عُمر وابراهيم النخعي وأصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله تعالىٰ عنهم، وما قاله محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى قول عُمر وعلي وأُبيِّ بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم، فأخذ الشبانُ بقول المشايخ من الصحابة، والمشايخُ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة، كذا في المبسوط.

صَادِقَةٌ) لِأَنَّـهُ مُعَامَلَةٌ أَوْ أَمْرٌ دِينِيٌّ لِتَعَلُّقِ الحِلِّ بِهِ، وَقَوْلُ الوَاحِدِ فِيهِمَا مَقْبُولٌ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَنْكَرٍ إذَا كَانَتِ المُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي أَدْنَىٰ هٰذِهِ المُدَّةِ وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العِدَّةِ.

❊ ❊ ❊

قوله: لِأَنَّـهُ مُعَامَلَةٌ، أي النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل مُخْبِرٍ لعموم الضرورة الداعية إلىٰ سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمُضَارَبات والإذن في التجارة.

قوله: أَوْ أَمْرٌ دِينِيٌّ لِتَعَلُّقِ الحِلِّ بِهِ، لأنَّ الحل حقُّ الشرع فيقبل قول الواحد، كما في خبر نجاسة الماء وطهارته أو روت حديثًا.

قوله: وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العِدَّةِ، وَعَد ولم يذكرها في باب العدَّة، وأدنىٰ هذه المدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ شهران إن أقرَّت بالمضي بالْأَقْراء، وعندهما تسعة وثلاثون يومًا، فإن طلَّقها في آخر الطهر وحيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر يومًا فتمضي عدَّتُها بطهرين ثلاثين يومًا وثلاثة أقراء تسعة أيَّام للإمكان، وقيل: علىٰ قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تُصَدق في سبعة وثلاثين يومًا ونصف وأربع ساعات لأنَّ أقلَّ الحيض عنده يومان وأكثر اليوم الثالث فيجعل كل حيضٍ يومين ونصف يومٍ وساعةً فذلك سبعة ونصف وثلاث ساعات وساعة للإخبار والاغتسال، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى علىٰ ما ذكر محمد رحمه الله تعالى أن يجعل كأنَّه طلَّقها في أوَّل الطهر تَفَاديًا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجِماع وطهرها خمسة عشر يومًا لأنه لا غايةَ لأكثره وحيضها خمسة أيام لأنَّ أقله وأكثره نادرٌ فاعتبرنا الوَسَط فثلاثة أطْهَار تكون خمسة وأربعين يومًا وثلاث حِيَضٍ تكون خمسة عشر يومًا فذا ستُّون يومًا، وعلىٰ ما

....

روى الحسن عنه أن يجعل كأنه طلَّقها في آخر الطهر احترازًا عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لأنَّا لمَّا قدرنا طُهْرها بأقلِّ المدَّة قدرنا حيضها بالأكثر ليعتدلا، فطُهْران ثلاثون، وثلاث حيض ثلاثون، فذا ستُّون، ولا معنى لما قالا لأنَّ الأمين إنَّما يقبل قوله إذا لم تكذبه العادة، وأما إذا كذبته العادة فلا، لأنَّ المُكَذَّبَ عادةً كالمُكَذَّب حقيقةً، ألا ترىٰ أنَّ الوصيَّ إذا قال: أنْفَقْتُ في يومٍ مائة درهم على الصبيِّ لا يُصَدَّق وإن كان محتملاً بأن يشتَرِيَ له نفقة فتسرق ثم فتحرق وثم فتغرق ثم وثم لكونه نادرًا، ولا احتمالَ لتصديقها في تلك المدة إلَّا بعد أمورٍ نادرةٍ أن يكون الإيقاع في آخر أجزاء الطهر، وحيضها أقلُّ مدة الحيض وطهرها كذلك، وأن لا تؤخر الأخبار عن ساعة الانقضاء، وإن كانت أمةً فعندهما تصدق في أحد وعشرين يومًا ستَّةً للحيضتين وخمسة عشر للطهر، وعنده في رواية محمد رحمه الله تعالى في أربعين يومًا، كأنه طلَّقها في أوَّل الطهر فطهران ثلاثون وقُرْءان عشرة، وعلىٰ رواية الحسن في خمسة وثلاثين فقُرْءان عشرون والطهر خمسة عشر، والله تعالىٰ أعْلَمُ بالصواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ الإِيلَاءِ

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ أَوْ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ

باب الإيلاء

هو في اللغة الحَلْفُ من: آلىٰ، أي حَلَف، يؤلي إيلاءً، من الألية وهي الحلفُ، قال الشاعر(١):

[من الطويل]

قَلِيلُ الأَلَايَا حَافِظٌ لِيَمِينِهِ ❊ وَإِنْ بَدَرَتْ مِنْهُ الأَلِيَّةُ بَرَّتِ

وفي الشرع عبارةٌ عن الحلف عن ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر، وركنه واللهِ لا أقرَبكِ ونحوه، وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطء المنكوحة، وأهله من هو أهلٌ للطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما من هو أهل للكفارة، وسببه ما هو السبب في الطلاق الرجعيِّ لما أنَّ الإبانة فيه مؤقتة إلىٰ وقت وههنا أيضًا مؤقتة إلىٰ وقتٍ، والسبب الداعي هناك عدم الموافقة والتدارك في الطلاق الرجعي غير مستعقب مكروهًا وهنا يعقب مكروهًا لكن لا ينقص عدد الطلاق، وحكمه المتعلق بالبرِّ وقوع الطلاق عند مضي أربعة أشهر، والحكم المتعلق بالحنث الكفارة إن كان يمينًا بالله تعالىٰ، وإن كان يمينًا بغيره فما جُعِلَ جزاءً على الحنث.

---

(١) البيت لكُثَيِّر عَزَّة، قاله في مرثية عبد العزيز بن مروان، في ديوانه ص٣٢٥ قصيدة رقم (٥٤)، يعني قلَّما يحلف، فإن حلف حفظ يمينه، وإن بدرت أي وقعت علىٰ سرعة من غير قصد منه يمينٌ برَّت أي صارت صادقةً يعني لا يحنث هو فيها، كذا في طلبة الطلبة.

أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآيَةُ (فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ) لِأَنَّ الكَفَّارَةَ مُوجِبُ الحِنْثِ (وَسَقَطَ الإِيلَاءُ) لِأَنَّ اليَمِينَ تَرْتَفِعُ بِالْحِنْثِ (وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّىٰ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَبِينُ بِتَفْرِيقِ القَاضِي لِأَنَّهُ مَانِعُ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الجُبِّ وَالْعُنَّةِ، وَلَنَا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ

قوله: فَهُوَ مُولٍ، لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ الآية، والتمسك بالآية لبيان شرعية الإيلاء ولبيان أنه إذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهر فهو مول، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة، وعند الشافعي رحمه الله تعالى يحنث في يمينه ولا تلزمه الكفارة، لأنَّ الله تعالىٰ وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورًا له لا تجب عليه الكفارة لِمَا أنَّ الكفارة للستر، قلنا: وعد المغفرة في الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة للحنث في اليمين قال الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا، في الجماع، فإن قيل: لو كان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعد ما وطئها الزوج مرَّةً؟ قلنا: إن لم يكن مستحقًّا عليه حكمًا فهو مستحقٌّ عليه ديانةً، ويدلُّ عليه ما ذكر الإمام قاضي خان رحمة الله تعالى عليه في باب العنين من الجامع الصغير: أنَّ الزوج إذا وطئها مرَّةً ثم عجز بعد ذلك لا خيارَ لها، لأنَّ ما هو المقصود وهو تأكد المهر والإحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحقٌّ عليه ديانةً لا حكمًا.

عِنْدَ مُضِيِّ هٰذِهِ المُدَّةِ وَهُوَ المَأْثُورُ عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالْعَبَادِلَةِ الثَّلَاثَةِ وَزَيْدِ ابْنِ ثَابِتٍ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ -، وَكَفَىٰ بِهِمْ قُدْوَةٌ، وَلِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ فَحَكَمَ الشَّرْعُ بِتَأْجِيلِهِ إِلَى انْقِضَاءِ المُدَّةِ.

(فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ اليَمِينُ) لِأَنَّهَا كَانَتْ مُؤَقَّتَةً بِهِ (وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الأَبَدِ فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ) لِأَنَّهَا مُطْلَقَةٌ وَلَمْ يُوجَدِ الحِنْثُ لِتَرْتَفِعَ بِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبْلَ التَّزَوُّجِ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَنْعُ الحَقِّ بَعْدَ البَيْنُونَةِ (فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الإِيلَاءُ، فَإِنْ وَطِئَهَا وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَىٰ) لِأَنَّ اليَمِينَ بَاقِيَةٌ لِإِطْلَاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ هٰذَا الإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ثَالِثًا عَادَ الإِيلَاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَىٰ إِنْ

قوله: وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الأَبَدِ، بأن قال: والله لا أقربكِ، ذكر الأبد أو لم يذكر.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبْلَ التَّزَوُّجِ، وذكر في المبسوط: إذا آلىٰ من امرأته إيلاء مطلقًا من غير أن يقيده بأربعة أشهر فبانت بمضي أربعة أشهر، هل ينعقد مرَّةً أخرىٰ قبل أن يزوجها أم لا؟ كان أبو سهل السرخسي رحمه الله تعالى يقول: ينعقد حتى إذا تمَّت أربعة أشهر قبل انقضاء عدتِها وقعت تطليقةً أخرىٰ وكذلك الثالثة، قال: لأن معنى الإيلاء كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربكِ فيها فأنتِ طالق تطليقةً بائنةً، ولو صرَّح بِها كان الحكم فيه ما بينا، وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول: لا تنعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها، وهذا هو الأصح لأنَّ في انعقاد اليمين ابتداءً لا بُدَّ له من اعتبار معنى الإضرار، وذلك لا

لَمْ يَقْرَبْهَا) لِمَا بَيَّنَاهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذٰلِكَ الإِيلَاءِ طَلَاقٌ) لِتَقَيُّدِهِ بِطَلَاقِ هٰذَا المِلْكِ وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ التَّنْجِيزِ الخِلَافِيَّةِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ (وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ) لِإِطْلَاقِهَا وَعَدَمِ الحِنْثِ (فَإِنْ وَطِئَهَا كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِوُجُودِ الحِنْثِ (فَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «لَا إِيلَاءَ فِيمَا دُونَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ»، وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا فِي أَكْثَرِ المُدَّةِ بِلَا مَانِعٍ وَبِمِثْلِهِ لَا يُثْبِتُ حُكْمَ الطَّلَاقِ فِيهِ.

يتصوَّر بعد ما لم يتزوَّجها لأنه لا حقَّ لها في الجماع، فلذلك لا تنعقد المدة الثالثة ما لم يتزوجها.

قوله: فَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا، وقال ابن أبي ليلىٰ: يكون موليًا، فإن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقةٍ، وهكذا كان يقول أبو حنيفة رحمة الله تعالىٰ عليه أوَّلاً، فلمَّا بلغته فتوى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر، رَجَعَ عنه.

قوله: وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا فِي أَكْثَرِ المُدَّةِ بِلَا مَانِعٍ، هذا التعليل إنَّما يستقيم على ما ذكر في المبسوط: وإذا عقد يمينه على شهرٍ فهو يتمكَّن من قربانها بعد مضي الشهر بغير شيء يلزمه، فحينئذٍ يكون الامتناع في أكثر المدة بلا مانعٍ، ولا يستقيم فيما إذا عقد يمينه علىٰ ثلاثة أشهر لأنَّ المانعَ يكون في أكثر المدة حينئذٍ، وقيل: المراد بأكثر المدة أربعة أشهر وهو جميع مدة الإيلاء، وسمَّاها أكثر لكونها أكثر من مدَّة حلف علىٰ ترك قربانِها، فإذا كان المراد به جميع المدة فلا شكَّ أنَّ المانع غير موجود في جميع الصُّوَر التي دون تلك المدة، وأنَّ وجود المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض، وهو ضعيفٌ إذ لو كان المراد به ذلك لقال: في أكثر المدتين.

(وَلَوْ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ وَشَهْرَيْنِ بَعْدَ هٰذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ فَهُوَ مُولٍ) لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِحَرْفِ الجَمْعِ فَصَارَ كَجَمْعِهِ بِلَفْظِ الجَمْعِ (وَلَوْ مَكَثَ يَوْمًا ثُمَّ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الأَوَّلَيْنِ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) لِأَنَّ الثَّانِيَ إِيجَابٌ مُبْتَدَأٌ وَقَدْ صَارَ مَمْنُوعًا بَعْدَ اليَمِينِ الأُولَىٰ شَهْرَيْنِ وَبَعْدَ الثَّانِيَةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا يَوْمًا مَكَثَ فِيهِ فَلَمْ تَتَكَامَلْ مُدَّةُ المَنْعِ (وَلَوْ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءَ إِلَىٰ آخِرِهَا اعْتِبَارًا بِالْإِجَارَةِ فَتَمَّتْ مُدَّةُ المَنْعِ، وَلَنَا أَنَّ المَوْلَىٰ مَنْ لَا يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا بِشَيْءٍ يَلْزَمُهُ وَهَاهُنَا يُمْكِنُهُ لِأَنَّ المُسْتَثْنَىٰ يَوْمٌ مُنَكَّرٌ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى

قوله: وَبِمِثْلِهِ - أي وبمثل الحلف الذي انعقد على ما دون أربعة أشهر - لَا يُثْبِتُ حُكْمَ الطَّلَاقِ، بمضي أربعة أشهر، ولو قال: والله لا أقربكِ شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين، أو قال: والله لا أقربكِ شهرين وشهرين، كان موليًا، أمَّا لو قال: والله لا أقربكِ شهرين، ومكث يومًا أو ساعةً ثم قال: والله لا أقربكِ شهرين أو شهرين بعد الشهرين الأولين، أو قال: والله لا أقربك شهرين ولا شهرين، لم يكن موليًا، أمَّا فيما مكثَ لم يتكامل مدة المنع، وفيما أعاد فيه حرف النفي صار الثاني إيجابًا آخر فصارا أجلين فتداخلا، ألا ترىٰ أنَّ من قال: والله لا أكلم فلانًا يومًا ويومين، فمدَّة المنع ثلاثة أيَّام، ولو قال: يومًا ولا يومين، يكون إيجابين فيتداخلان، فمدَّة المنع يومان.

قوله: لِأَنَّ المُسْتَثْنَىٰ يَوْمٌ مُنَكَّرٌ، فلمَّا كان منكرًا كان ما من يومٍ يمرُّ بعد يمينه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنىٰ فيقربُها فيه من غير أن يلزمه شيء، ثم لو صرفنا ذلك

الآخِرِ لِتَصْحِيحِهَا فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ مَعَ التَّنْكِيرِ وَلَا كَذٰلِكَ اليَمِينُ.

(وَلَوْ قَرِبَهَا فِي يَوْمٍ وَالْبَاقِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ صَارَ مُولِيًا) لِسُقُوطِ الِاسْتِثْنَاءِ (وَلَوْ قَالَ وَهُوَ بِالْبَصْرَةِ وَاللهِ لَا أَدْخُلُ الكُوفَةَ وَامْرَأَتُهُ بِهَا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزَمُهُ بِالْإِخْرَاجِ مِنَ الكُوفَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ بِصَوْمٍ أَوْ بِصَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مُولٍ) لِتَحَقُّقِ المَنْعِ بِالْيَمِينِ وَهُوَ ذِكْرُ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَهٰذِهِ الأَجْزِيَةُ مَانِعَةٌ لِمَا فِيهَا مِنَ المَشَقَّةِ، وَصُورَةُ الحَلِفِ بِالْعِتْقِ أَنْ يُعَلِّقَ بِقُرْبَانِهَا عِتْقَ عَبْدِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: يُمْكِنُهُ البَيْعُ ثُمَّ القُرْبَانُ فَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهُمَا يَقُولَانِ البَيْعُ مَوْهُومٌ فَلَا يَمْنَعُ المَانِعِيَّةَ فِيهِ، وَالْحَلِفُ بِالطَّلَاقِ أَنْ يُعَلِّقَ بِقُرْبَانِهَا طَلَاقَهَا أَوْ طَلَاقَ صَاحِبَتِهَا وَكُلُّ ذٰلِكَ مَانِعٌ.

(وَإِنْ آلَىٰ مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا، وَإِنْ آلَىٰ مِنَ البَائِنَةِ لَمْ يَكُنْ

اليوم إلى آخر السنة كان مُعيَّنًا، وتغير كلامه من غير حاجة لا يجوز، بخلاف الإجارة لأنَّها لا تصحُّ مع التنكير ولا كذلك اليمين لأنَّ اليمين يصحُّ مع الجهالة، كما إذا قال: والله لا أتزوج امرأةً، بخلاف ما لو قال: بنقصان يوم، فإنه يكون موليًا لأنَّ النقصان لا يكون إلا من آخر المدة، فإن قيل: إذا قال لغيره: والله لا أكلمكَ سنةً إلا يومًا، فإنَّ اليوم المستثنىٰ ينصرف إلى آخر السنة، قلنا: الحامل على اليمين الغيظ أنه قائمٌ في الحال فيكون المنع من الكلام مرادًا في الحال، فلذلك صُرِفَ اليوم المستثنى إلى الآخر.

قوله: وَإِنْ آلَىٰ مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا، لأنَّ الزوجية قائمة، فإن قيل: الإيلاء يتحقَّق باعتبار الظلم من الزوج بمنع حقِّها في الجماع ولا حقَّ للمطلقة الرجعية في

مُولِيًا) لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الأُولَىٰ دُونَ الثَّانِيَةِ، وَمَحَلُّ الإِيلَاءِ مَنْ تَكُونُ مِنْ نِسَائِنَا بِالنَّصِّ، فَلَوِ انْقَضَتِ العِدَّةُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِيلَاءِ سَقَطَ الإِيلَاءُ لِفَوَاتِ المَحَلِّيَّةِ (وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ أَوْ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا وَلَا مُظَاهِرًا) لِأَنَّ الكَلَامَ فِي مَخْرَجِهِ وَقَعَ بَاطِلًا لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ فَلَا يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بَعْدَ ذٰلِكَ (وَإِنْ قَرِبَهَا كَفَّرَ) لِتَحَقُّقِ الحِنْثِ إِذِ اليَمِينُ مُنْعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ (وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الأَمَةِ شَهْرَانِ) لِأَنَّ هٰذِهِ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ أَجَلًا لِلْبَيْنُونَةِ فَتَتَنَصَّفُ بِالرِّقِّ كَمُدَّةِ العِدَّةِ.

الجماع لا قضاءً ولا ديانةً، حتى أنَّ المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعًا حقها فلا يكون ظالمًا، فينبغي أن لا يَتَرتَّبُ عليها جزاء الظلم، قلنا: شرعية الإيلاء ثبتت بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنصِّ وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والبعلُ هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة، وفي المنصوص لا يعتبر المعنى.

قوله: إِذِ اليَمِينُ مُنْعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ، أي في حقِّ الحنث لا في حقِّ الطلاق، وهذا لأنَّ الإيلاء يمينٌ تعلق ببَرِّها الطلاقَ كأنه قال: إن لم أقربكِ أربعة أشهُر فأنتِ طالقٌ بائنًا، فإذا قال ذلك لأجنبيةٍ فقد حلف بالطلاق في غير الملك ولم يُضِف إلىٰ سبب الملك فبطَلَ إيجاب الطلاق وبقي يمينًا مطلقًا لأنَّ اليمين يعتمد بصورة البَرِّ حِسًّا لا ملكًا شرعيًّا، ألا ترىٰ أنَّها تنعقد على الحرام والمعصية فينعقد هنا فإذا قرَّبها لزمته الكفارة.

قوله: وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الأَمَةِ شَهْرَانِ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: مدتَها كمدة إيلاء الحرَّة، وهذا يبتني على أصلٍ وهو أنَّ عنده المدة ضُربت لإظهار الظُّلم بمنع الحقِّ في الجماع، والحرَّة والأمة في ذلك سواءٌ، وعندنا شُرِعت أجلاً للبينونة فشابَهت مدَّة العدَّة

(وَإِنْ كَانَ الْمُولِيُ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الجِمَاعِ أَوْ كَانَتْ مَرِيضَةً أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ صَغِيرَةً لَا تُجَامَعُ أَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ فَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ فِئْتُ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ، فَإِنْ قَالَ ذٰلِكَ سَقَطَ الإِيلَاءُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا فَيْءَ إِلَّا بِالْجِمَاعِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَيْئًا لَكَانَ حِنْثًا، وَلَنَا أَنَّهُ آذَاهَا بِذِكْرِ

فينتصفُ بالرقِّ لأنه من حقوق النكاح، كذا في الإيضاح.

قوله: وَإِنْ كَانَ الْمُولِيُ مَرِيضًا، إلىٰ آخره، فإن قيل: ينبغي أن لا يصحَّ إيلاء المريض لأنَّ الحكمَ بوقوع الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر للحاجة إلى دفع الظلم عنها لأنَّ الوقاع حقٌّ مستحقٌّ وبالامتناع بقوله: والله لا أقربكِ، يصير ظالمًا، قلنا: النصُّ يقتضي صحة الإيلاء من النساء مطلقًا غير مقيَّد بوصف الصحة، وفيما ذكر من التعليل إبطالُ حكم النصِّ والتعليلُ بوجهٍ يُبطلُ حكم النصِّ باطلٌ لأنَّ الحكمَ في موضع النصِّ ثابتٌ بالنصِّ لا بالعلَّة، ولأنَّ المرضَ قد يطولُ وقد يقصرُ فكان هو ظالمًا علىٰ تقدير أن يقصر مرضه من أربعة أشهرٍ، فإن قيل: إذا كان بينهما مسيرة أربعة أشهر يقدر على الفيء بالجماع بأن يخرج هو إليها وتخرج هيَ إليه فيلتقيان فيما دون أربعة أشهُرٍ، قلنا: الزوجُ لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبَرة، أمَّا علىٰ أصل أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهرٌ فإنَّ الأعمىٰ لا تجب عليه الجمعة عنده وإن وجد قائدًا، وأمَّا عندهما ففيما نحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة، بخلاف مسئلة الجمعة.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَيْئًا لَكَانَ حِنْثًا، لأنَّ المتعلق بالفيء حكمان: وجوب الكفارة وامتناعُ حكم الفرقة، ثمَّ الفيء باللسان لا يُعتبَر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الحكم الآخر، ولكنَّا نقول: الكفارة تجبُ بالحنث والحنثُ لا يتحقَّق بالفيء باللسان،

المَنْعِ فَيَكُونُ إرْضَاؤُهَا بِالْوَعْدِ بِاللِّسَانِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ الظُّلْمُ لَا يُجَازَىٰ بِالطَّلَاقِ (وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الجِمَاعِ فِي المُدَّةِ بَطَلَ ذٰلِكَ الفَيْءُ وَصَارَ فَيْؤُهُ بِالْجِمَاعِ) لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالْخَلَفِ.

(وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَقِيلَ لَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ

وأمَّا وقوع الطلاق عند مضي المدَّةِ فباعتبار معنى الإضرار والتَّعنُّتِ وذلك ينعدم بالفيء باللسان [1] وعند العجز عن الفيء بالجماع، فكان الفيء بالجماع أصلًا وباللسان بدلًا منه لأنَّ الفيء عبارة عن الرجوع وإذا كان قادرًا على الجماع فإنَّما قصد الإضرار بمنع حقِّها في الجماع ففيئُه بالرجوع عن ذلك بأن يجامعها، وإذا كان عاجزًا عن الجماع فلم يكن قصده الإضرار بمنع حقِّها في الجماع فإنه لا حقَّ لها في الجماع في هذه الحالة وإنما قصد الإضرار بإيحاشها بلسانه ففيئُه بالرجوع عن ذلك بأن يرضيها بلسانه لأنَّ التوبة بحسب الجناية، ومذهبنا مرويٌّ عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما، كذا في المبسوط.

قوله: قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالْخَلَفِ، وهذا لأنَّ المقصود من الفيء باللسان عدم ثبوت البينونة بمضي أربعة أشهُر وذلك إنَّما يترَتَّبُ علىٰ مضي هذه المدَّة وقبل مضي هذه المدة إذا صحَّ صار ظالمًا بمنع حقِّها في الجماع فبطل الفيء باللسان للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف، لأنَّ القدرةَ على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمتيمِّم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة.

قوله: فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ لِأَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، لأنَّ امرأته

(١) قوله: وأمَّا وقوع الطلاق عند مضي المدَّةِ - إلى قوله - وذلك ينعدم بالفيء باللسان، سقط النص من المطبوعتين ومن (أ) و (ب)، وأثبتناه من (ج).

لِأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الكِنَايَاتِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ بِظِهَارٍ لِانْعِدَامِ التَّشْبِيهِ بِالْمُحَرَّمَةِ وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَطْلَقَ الحُرْمَةَ وَفِي الظِّهَارِ نَوْعُ حُرْمَةٍ وَالْمُطْلَقُ يَحْتَمِلُ المُقَيَّدَ.

(وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِيًا) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي تَحْرِيمِ الحَلَالِ إِنَّمَا هُوَ يَمِينٌ عِنْدَنَا وَسَنَذْكُرُهُ فِي الأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللهُ، وَمِنَ المَشَايِخِ مَنْ يَصْرِفُ لَفْظَةَ التَّحْرِيمِ إِلَى الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ بِحُكْمِ العُرْفِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

حلالٌ له، وقوله أنتِ عليَّ حرامٌ كذب وإرادة الكِذب من الكلام الكذب حقيقةً له، وذكر في المحيط: وإن قال نويتُ به الكذبَ فهو كذبٌ ولا حكم له ويصدقه القاضي لأنه فسَّر لفظه بما يقتضيه ظاهره، وهو نظير ما لو قال لامرأته: أنتِ حرَّة، وقال أردتُ نعتها بالحرية لا الطلاقَ يدين في القضاء، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: يَصِيرُ بِهِ مُولِيًا، لأنَّ أقلَّ أسباب الحرمة اليمينُ لأنَّ حرمتها مغياة إلى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق، وفي الظهار إن ارتفعَ حرمته بالكفَّارة لكن كفارة اليمين أيْسَرُ، ولأنَّ الحرمة في اليمين لغيره، بخلاف الظهار حتى تحلُّ له مباشرتُها بعد الإيلاء، بخلاف الظهار.

قوله: مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ بِحُكْمِ العُرْفِ، رُوِيَ أنَّ هذه المسئلة وقعت في عصر أبي جعفر الهندوانِي رحمه الله تعالى فأشْكَلَ عليه وكان يقول في نفسه: ينبغي أن لا يقع الطلاق،

....

فكان يتفكَّرُ فيه أيَّامًا وكان مُغْتَمًّا في ذلك، وكانت له ابنة صغيرةٌ فقالت له يومًا: يا أبتِ ما لي أراكَ مُغْتَمًّا؟ فقال لها: كيتَ وكيتَ، فقالت: لا شكَّ في هذا أنه يقع الطلاق، لِمَا أنَّ العُرف أنَّ الرجال يحلفون به دون النساء، فلو لم يكن طلاقًا لحلفت به النساء أيضًا، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الخُلْعِ

(وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ ....

باب الخلع

الخَلْع بالفتح النزع، يقال: خلع ثوبه عن بدنه، أي نزع، وخالعت زوجها إذا افتدت منه بمالها، والاسم الخُلع بالضمِّ، قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧] فكأنَّهما إذا فعلا ذلك نزعا لباسهما، وهو مشروعٌ بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والسُّنة وهي ما رُوِيَ أنَّ جميلةً كانت تحت ثابت بن قيس بن شمَّاس فجاءت إلىٰ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم وقالت: لا أعيبُ علىٰ ثابت في دينٍ ولا خُلُق ولكنِّي أخشى الكفر في الإسلام لشدَّة بغضي إيَّاه، فقال عليه الصلاة والسلام: «أتَرِدِّينَ عليه حديقته» فقالت: نعم وزيادةً، فقال عليه الصلاة والسلام: «أمَّا الزيادة فلا»، وإجماع الأمة، والمعقول، وهو أنَّ ملك النكاح معتبَر يتمكَّن به من إقامة المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالاً كملك القصاص، وسواءٌ كان بلفظ الخلع أو الطلاق أو المباراة أو البيع بأن يقول: خلعتكِ علىٰ ألفَ درهم أو طلَّقتُكِ علىٰ ألفٍ أو بارأتُكِ أو بعتُ نفسكِ أو طلاقكِ علىٰ ألف، ففي الوجوه كلها لا يقع الطلاق إلَّا بقبولها في المجلس لأنَّها معاوضةٌ.

قال: وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ، أي اختلفا أو تخاصما، مشتقٌّ من الشقِّ وهو الجانب، وإنَّما سمَّىٰ به لأنَّ كل واحدٍ من المتشاقين يأخُذُ شقًّا خلاف شقِّ صاحبه، وهذا كالتخاصم والتعادي لأنَّ كلَّ واحدٍ من المتخاصَمين والمتعاديين يأخذ خصمًا وهو الجانب وعدوةً وهي جانب الوادي خلاف جانبِ صاحبه.

وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] (فَإِذَا فَعَلَا ذٰلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ وَلَزِمَهَا الْمَالُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ» وَلِأَنَّهُ

قوله: وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ، أي ما يلزمُهُما من مواجب الزوجية.

قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ وعلى المرأة فيما اعطت.

قوله: فَإِذَا فَعَلَا ذٰلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ، وفي أحد قولي الشافعي رحمة الله تعالىٰ عليه هو فسخٌ حتّىٰ لو خالعها بعد التطليقتين لا تحلُّ له حتّىٰ تنكح زوجًا غيره عندنا، خلافًا له، لهُ قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ بعد قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلى أن قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فلو جعلنا الخلع طلاقًا لصارت التطليقات أربعًا، ولأنَّ النكاحَ عقدٌ يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيارَ العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخَ بالتراضي أيضًا وذلك بالخلع كالبيع، ولنا ما روىٰ عُمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أنَّ النبى صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «الخلع تطليقةٌ بائنةٌ» والمعنى فيه أنَّ النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ألا ترىٰ أنه لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بأنَّ الملكَ الثابت به ضروريٌّ لا يظهر إلَّا في حقِّ الاستيفاء والفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخٌ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الإتْمَام وكذلك في خيار العتق والبلوغ، وأمَّا الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ولكن يحتمل القطعَ في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارةً عن رفع العقد في الحال، وأمَّا الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقةَ الثلاثة بعوضٍ وبغير عوضٍ فبهذا لا يصير الطلاق رابعًا.

يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّىٰ صَارَ مِنَ الكِنَايَاتِ، وَالْوَاقِعُ بِالْكِنَايَةِ بَائِنٌ إِلَّا أَنَّ ذِكْرَ المَالِ أَغْنَىٰ عَنِ النِّيَّةِ هُنَا، وَلِأَنَّـهَا لَا تُسْلِمُ المَالَ إِلَّا لِتَسْلَمَ لَهَا نَفْسُهَا وَذٰلِكَ بِالْبَيْنُونَةِ.

(وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾ إِلَىٰ أَنْ قَالَ ﴿فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠] وَلِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالِاسْتِبْدَالِ فَلَا يَزِيدُ فِي وَحْشَتِهَا بِأَخْذِ المَالِ (وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا كَرِهْنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا) وَفِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ طَابَ الفَضْلُ أَيْضًا لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا بَدْءًا، وَوَجْهُ الأُخْرَىٰ قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي امْرَأَةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ «أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا» وَقَدْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا (وَلَوْ

قوله: حَتَّىٰ صَارَ مِنَ الكِنَايَاتِ، إذا قال الرجل لامرأته: خلعتكِ أو خالعتكِ ونوى الطلاق يقعُ به الطلاق لأنه يحتمل الطلاقَ لأنَّ انخلاعها يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح، فإذا نوى الانخلاع عن النكاح يصحُّ، ولمَّا صار من الكنايات لا بُدَّ من النية إلَّا أنَّ ذكر المال أغنىٰ عن النية ههنا، وفي الذخيرة: وإذا أخْلَعَ الرجل امرأته ثم قال: لم أنو به الطلاق فإن لم يذكر بدلاً صُدِّقَ ديانةً وقضاءً وإن ذكر بدلاً بأن قال لها: خالعتكِ علىٰ ألف درهمٍ، ثم قال: لم أعن به الطلاق لا يُصدَّقُ.

قوله: وَلِأَنَّـهَا لَا تُسْلِمُ المَالَ، عطف على قوله: لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ».

قوله: لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا بَدْءًا، أي فلا جناح عليهما فيما افتدت به.

أَخَذَ الزِّيَادَةَ جَازَ فِي القَضَاءِ) وَكَذٰلِكَ إِذَا أَخَذَ وَالنُّشُوزُ مِنْهُ لِأَنَّ مُقْتَضَىٰ مَا تَلَوْنَاهُ شَيْئَانِ الجَوَازُ حُكْمًا وَالإِبَاحَةُ، وَقَدْ تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ فَبَقِيَ مَعْمُولًا فِي البَاقِي.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَىٰ مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَهَا المَالُ) لِأَنَّ

قوله: لِأَنَّ مُقْتَضَىٰ مَا تَلَوْنَاهُ شَيْئَانِ الجَوَازُ حُكْمًا وَالْإِبَاحَةُ، الجواز قد يثبت بدون الإباحة، فإنَّ البيع وقت النداء يجوز ولا يُباح، فالجواز ضده الفساد وأريد بالجواز هنا عدم الحرمة، والإباحة ضدها الكراهة.

قوله: وَقَدْ تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ، وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] وقوله عليه الصلاة والسلام: «أما الزيادة فلا»، فإن قيل: الأخذ فعل حسيٌّ وقد ورد النهي عنه بتأكيدات ﴿أَتَأْخُذُونَهُۥ﴾ [النساء: ٢٠] ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ﴾ [النساء: ٢١] والنهي عن الأفعال الحسية يعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات؟ فينبغي أن لا يكون الأخذ مشروعًا أصلاً فكيف جاز مع الكراهة؟ قلنا: النهي وإن ورد عن الفعل الحسيِّ لكن هو لمعنًى في غيره وهو زيادة الإيحاش فلا تعدم المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تتَّخذوا دوابكم كراسي»، وإنما قلنا ذلك لأنَّ المرأة تصرَّفت في مالها بالدفع إلى الزوج باختيارها فمن أَيْنَ يثبت عدم مشروعية الأخذ، فإن قيل: حديث امرأة ثابت خبر الواحد وإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ﴾ يدلُّ علىٰ حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد؟ قلنا: خصّ من الآية الفضل عن المهر إذا كان النشوز من قبله بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ [النساء: ٢٠] فإنَّه يكره الفضلَ بالإجماع فجاز تخصيصه بخبر الواحد.

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَىٰ مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ، وإنَّما وقعَ بالقبول ولم

الزَّوْجَ يَسْتَبِدُّ بِالطَّلَاقِ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا وَقَدْ عَلَّقَهُ بِقَبُولِهَا، وَالْمَرْأَةُ تَمْلِكُ الْتِزَامَ الْمَالِ لِوِلَايَتِهَا عَلَىٰ نَفْسِهَا، وَمِلْكِ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالًا كَالْقِصَاصِ (وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا) لِمَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالنَّفْسِ وَقَدْ مَلَكَ الزَّوْجُ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ فَتَمْلِكُ هِيَ الْآخَرَ وَهِيَ النَّفْسُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

قَالَ: (وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ مِثْلَ أَنْ يُخَالِعَ الْمُسْلِمُ عَلَىٰ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجْعِيًّا) فَوُقُوعُ الطَّلَاقِ فِي الْوَجْهَيْنِ لِلتَّعْلِيقِ بِالْقَبُولِ وَافْتِرَاقُهُمَا فِي الْحُكْمِ لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ الْعِوَضُ كَانَ الْعَامِلُ فِي الْأَوَّلِ لَفْظُ الْخُلْعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ، وَفِي الثَّانِي الصَّرِيحُ وَهُوَ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَا سَمَّتْ مَالًا مُتَقَوِّمًا حَتَّىٰ تَصِيرَ غَارَّةً لَهُ، وَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَىٰ إِيجَابِ الْمُسَمَّىٰ لِلْإِسْلَامِ وَلَا إِلَىٰ إِيجَابِ غَيْرِهِ لِعَدَمِ الِالْتِزَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَعَ عَلَىٰ خَلٍّ بِعَيْنِهِ فَظَهَرَ أَنَّهُ خَمْرٌ لِأَنَّهَا سَمَّتْ مَالًا فَصَارَ مَغْرُورًا،

يتوقَّف على الأداء بدلالة ذكره في مقام المعاوضة، وفي المعاوضات يتعلَّق الحكم بالقبول دون الأداء.

قوله: وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا، لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: وَلِأَنَّهَا لَا تُسْلِمُ الْمَالَ إِلَّا لِتَسْلَمَ لَهَا نَفْسُهَا.

وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَىٰ خَمْرٍ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ العَبْدِ لِأَنَّ مِلْكَ المَوْلَىٰ فِيهِ مُتَقَوِّمٌ وَمَا رَضِيَ بِزَوَالِهِ مَجَّانًا، أَمَّا مِلْكُ البِضْعِ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّ البِضْعَ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ مُتَقَوِّمٌ، وَالْفِقْهُ أَنَّهُ شَرِيفٌ فَلَمْ يَشْرَعْ تَمَلُّكَهُ إِلَّا بِعِوَضٍ إِظْهَارًا لِشَرَفِهِ، فَأَمَّا الإِسْقَاطُ فَنَفْسُهُ شَرَفٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ إِيجَابِ المَالِ.

قَالَ: (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الخُلْعِ) لِأَنَّ مَا يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْمُتَقَوِّمِ أَوْلَىٰ أَنْ يَصْلُحَ عِوَضًا لِغَيْرِ المُتَقَوِّمِ (فَإِنْ قَالَتْ لَهُ خَالِعْنِي عَلَىٰ مَا فِي يَدِي فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَىٰ خَمْرٍ، ولو كاتبَ علىٰ ميتةٍ أو دمٍ فإنَّ الكتابة هناكَ باطلةٌ حتَّىٰ لو أدى لا يعتق ولا تجب القيمة، كذا ذكره الإمام الإسبيجابي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الخُلْعِ، ولا ينعكسُ، ولهذا يصلح أقلَّ من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرًا، وفي المبسوط: وإن اختلعت منه بما في بطن جاريتها أو بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها، بخلاف الصداق فإن في مثله يجب مهر المثل وإن لم يكن في بطنها شيء فلا شيءَ له لأنه ما غرَّته، فما في البطن قد يكون مالاً متقومًا وقد يكون غير ذلك من ريحٍ أو ولد ميتٍ.

قوله: فَإِنْ قَالَتْ لَهُ خَالِعْنِي عَلَىٰ مَا فِي يَدِي، أراد باليد الجارحة لأنها لم تغره بتسمية المال لأنَّ كلمة ما عامة تتناول المال وغيره، وذكر في المبسوط: وان اختلعت

فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهَا لَمْ تَغُرَّهُ بِتَسْمِيَةِ المَالِ (وَإِنْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَىٰ مَا فِي يَدِي مِنْ مَالٍ فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا) لِأَنَّهَا لَمَّا سَمَّتْ مَالًا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ إِلَّا بِعِوَضٍ، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِيجَابِ المُسَمَّىٰ وَقِيمَتِهِ لِلْجَهَالَةِ وَلَا إِلَىٰ قِيمَةِ البِضْعِ، أَعْنِي مَهْرَ المِثْلِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ حَالَةَ الخُرُوجِ فَتَعَيَّنَ إِيجَابُ مَا قَامَ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ.

(وَلَوْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَىٰ مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ أَوْ مِنَ الدَّرَاهِمِ فَفَعَلَ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ) لِأَنَّهَا سَمَّتِ الجَمْعَ وَأَقَلُّهُ

بما في بيتها من شيء فهو جائزٌ وكل ما في البيت في تلك الساعة فهو له لأنَّ بالإشارة إلى المحل تنقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة، وإن لم يكن فيه شيء فلا شيء عليه، بخلاف ما إذا اختلعت على ما في بيتها من متاع فله ما فيه، وإن لم يكن فيه شيء فلا شيء له ورجع عليها بالمهر الذي أخذت منه لأنها غرته بذكر ما هو مال متقوم، ولا يمكن إثبات الرجوع بقيمة المتاع لأنه مجهول الجنس والقدر، ولا بقيمة البضع لأنه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم.

قوله: **فَتَعَيَّنَ إِيجَابُ مَا قَامَ بِهِ**، أي ما قامَ البضع به وهو المهر.

قوله: **وَلَوْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَىٰ مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ أَوْ مِنَ الدَّرَاهِمِ فَفَعَلَ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، لِأَنَّهَا سَمَّتِ الجَمْعَ وَأَقَلُّهُ ثَلَاثَةٌ**، فإن قيل: ذكرت في كلامها حرف مِن وهو للتبعيض فينبغي أن يجب بعض الدراهم وذا درهم أو درهمان كقوله: إن كان في يدي من الدراهم إلَّا ثلاثة فعبده حُرٌّ وفي يده أربعة

ثَلَاثَةٌ، وَكَلِمَةُ مِنْ هَاهُنَا لِلصِّلَةِ دُونَ التَّبْعِيضِ لِأَنَّ الكَلَامَ يَخْتَلُّ بِدُونِهِ.

دراهم فإنه يحنث، قلنا: من للتبعيض وقد يكون للبيان والتمييز ففي كل موضع تمَّ الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب إبهامٍ، فمن للتمييز كقوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ﴾ [الحج: ٣٠] وإلَّا فللتبعيض، وقولها: خالعني على ما في يدي، كلامٌ تامٌ بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه إلَّا أنَّ فيه نوع إبهام لأنَّ ما في يدها قد يكون من أنواعٍ شتَّىٰ، فإذا قالت من الدراهم فقد بينت ما أبهمت فصار كأنَّها قالت خالعني على الدراهم، وقوله إن كان في يدي غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار عليه فكان للتبعيض، فإن قيل: هذا يستقيم إذا لم تكن الدراهم محلاة بالألف واللام، أمَّا إذا كانت محلاة بهما فينبغي أن يجب درهم واحد، كما لو حلف أن لا يشتري العبيد أو لا يتزوج النساء لأن الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام، قلنا: إنَّما ينصرف إلى الجنس إذا عري عن قرينة دالة على العهد كما في النظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قولها على ما في يدي، وهذا لأنَّ الدراهم جمع حقيقة وإنما تتعطل معنى الجمعية عند إرادة الجنس للضرورة ولا ضرورة هنا، علىٰ أنَّه إنما ينصرف إلى الجنس إذا أمكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستحالة أن يكون كل الدراهم في يدها.

قوله: **وَكَلِمَةُ مِنْ هَاهُنَا لِلصِّلَةِ دُونَ التَّبْعِيضِ**، فكل موضع يصحُّ الكلام بدونه يكون للتبعيض، كما في مسئلة الجامع إن كان في يدي من الدراهم فعبده حر، وفي كل موضع يختل الكلام بدونه كما في مسئلة الخلع يكون صلة، لأنَّ قولها خالعني على ما في يدي دراهم بدون «من» يكون مختلاً، لأنَّ الموضع للتمييز فحذف «من» هنا يختل بالمقصود، بخلاف مسئلة الجامع فإنَّ الكلام فيها لا يختلُّ بدونه، فإذا ذكر يجعل للتبعيض لتحصل فائدة جديدة.

(فَإِنِ اخْتَلَعَتْ عَلَىٰ عَبْدٍ لَهَا آبِقٍ عَلَىٰ أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ لَمْ تَبْرَأْ وَعَلَيْهَا تَسْلِيمُ عَيْنِهِ إِنْ قَدَرَتْ وَتَسْلِيمُ قِيمَتِهِ إِنْ عَجَزَتْ) لِأَنَّهُ عَقْدُ الْمُعَاوَضَةِ فَيَقْتَضِي سَلَامَةَ العِوَضِ، وَاشْتِرَاطُ البَرَاءَةِ عَنْهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَبْطُلُ إِلَّا أَنَّ الخُلْعَ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَعَلَىٰ هٰذَا النِّكَاحِ (وَإِذَا قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلْفِ) لِأَنَّهَا لَمَّا طَلَبَتِ الثَّلَاثَ بِأَلْفٍ فَقَدْ طَلَبَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَهٰذَا لِأَنَّ حَرْفَ البَاءِ تَصْحَبُ الإِعْوَاضَ وَالْعِوَضُ يَنْقَسِمُ عَلَى الْمُعَوَّضِ وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لِوُجُوبِ المَالِ.

(وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا عَلَىٰ أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، وَقَالَا هِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِثُلُثِ الأَلْفِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ عَلَىٰ بِمَنْزِلَةِ البَاءِ فِي المُعَاوَضَاتِ، حَتَّىٰ إِنَّ قَوْلَهُمْ احْمِلْ هٰذَا الطَّعَامَ بِدِرْهَمٍ أَوْ عَلَىٰ دِرْهَمٍ سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَىٰ لِلشَّرْطِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئًا﴾

قوله: فَإِنِ اخْتَلَعَتْ عَلَىٰ عَبْدٍ لَهَا آبِقٍ عَلَىٰ أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ - أي على أنه إن وجد العبد تسلم إليه وإن لم يوجد فلا شيء عليها - لَمْ تَبْرَأْ.

قوله: وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَىٰ لِلشَّرْطِ، أي تستعمل للشرط لأنَّ أصلها اللزوم فاستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء فصارت طالبةً للثلاث بألف بكلمة هي للشرط فصار الطلقات الثلاث شرطًا لوجوب الألف فصار كأنها قالت: إن طلقتني ثلاثًا فلك الألف، ولا يقال:

[الممتحنة: ١٢] وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرْطًا، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لِلُّزُومِ حَقِيقَةً، وَاسْتُعِيرَ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ

كلمة على دخلت على الألف فكيف يكون الطلاق شرطًا؟ قلنا: صار كل واحد من الطلاق والمال شرطًا لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد، وذكر في المبسوط: وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: حرف على للشرط حقيقةً لأنه حرف إلتزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقةً والتمسك بالحقيقة واجبٌ حتى يقوم دليل المجاز، وإذا كان محمولاً على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملةً ولا يقابله جزأ فجزأ وإنَّما شرطت لوجوب المال عليها إيقاع الثلاث فإذا لم يوقع لا يجب شيء، وبه فارق بين البيع والإجارة لأنَّ معنى الشرط هناك تعذَّر اعتباره فإنَّه لا يحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء، وقوله في الهداية: وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَىَ لِلشَّرْطِ، يحتمل أنه أراد به ما ذكر في المبسوط من قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ حرف على للشرط حقيقةً، ويحتمل أن يريد أنَّ كلمة على في هذا الموضع للشرط لأنَّ كلمة على للاستعلاء وضعًا يقول: زيدٌ على السطح فإن تعذَّر يحمل على الإلزام يقول: عليه دينٌ، فإن تعذَّر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والإلزام ومعنى الإلزام لها بمنزلة الحقيقة لأنَّ استعمالها بمعنى الإلزام شائعٌ مستفيضٌ وفي الشرط معنى الإلزام فيصير كأنَّه للشرط حقيقةً، ولهذا قال كلمة على للشرط.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرْطًا، يريدُ به أنَّ قوله على أن تدخلي الدار يفيد أن الدخول شرط فكذا على ألف، والطلاق مما يحتمل التعليقَ بالشرط فلا حاجة إلى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والإجارة فإنه لا يحتمل التعليقَ بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء، فإن قيل:

يُلَازِمُ الجَزَاءَ، وَإِذَا كَانَ لِلشَّرْطِ فَالْمَشْرُوطُ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَىٰ أَجْزَاءِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ البَاءِ لِأَنَّهُ لِلْعِوَضِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْمَالُ كَانَ مُبْتَدَأً فَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ.

(وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَىٰ أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الزَّوْجَ مَا رَضِيَ بِالْبَيْنُونَةِ إِلَّا لِتُسْلِمَ لَهُ الْأَلْفَ كُلَّهَا، بِخِلَافِ قَوْلِهَا طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ لِأَنَّهَا لَمَّا رَضِيَتْ بِالْبَيْنُونَةِ بِأَلْفٍ كَانَتْ بِبَعْضِهَا أَرْضَىٰ (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ وَعَلَيْهَا الأَلْفُ وَهُوَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ)

يشكل هذا بما إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني وفلانة على ألف درهم، فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء، قلنا: إنما حملت هناك على معنى الباء لأنه لا غرض لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها، ولها في اشتراط إيقاع الثلاث غرضٌ صحيحٌ.

قوله: فَالْمَشْرُوطُ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَىٰ أَجْزَاءِ الشَّرْطِ، حتَّىٰ إذا قال أنتِ طالق ثنتين إن دخلتِ هذه الدار وهذه الدار فدخلت إحداهما لا تطلق، ولو كان متوزعًا على أجزاء الشرط لوقعت تطليقةً واحدةً بمقابلة دخول دار واحدة، وهذا لأنَّ الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل، ولأنَّ العوض يجب بالمعوض فينقسم عليه ولا يجب المشروط بالشرط.

قوله: وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ ... وَهُوَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ، أي في اشتراط القبول.

وَلَا بُدَّ مِنَ القَبُولِ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ مَعْنَىٰ قَوْلِهِ بِأَلْفٍ بِعِوَضِ أَلْفٍ يَجِبُ لِي عَلَيْكِ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ عَلَىٰ أَلْفٍ عَلَىٰ شَرْطِ أَلْفٍ يَكُونُ لِي عَلَيْكِ، وَالْعِوَضُ لَا يَجِبُ بِدُونِ قَبُولِهِ، وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ لَا يَنْزِلُ قَبْلَ وُجُودِهِ، وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لِمَا قُلْنَا.

(وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ، وَقَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلَ عَتَقَ العَبْدُ وَطَلُقَتِ المَرْأَةُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا لَمْ يَقْبَلَا (وَقَالَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الأَلْفُ إِذَا قَبِلَ) وَإِذَا لَمْ يَقْبَلْ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، لَهُمَا أَنَّ هٰذَا الكَلَامَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُعَاوَضَةِ، فَإِنَّ قَوْلَهُمْ احْمِلْ هٰذَا المَتَاعَ وَلَك دِرْهَمٌ بِمَنْزِلَةِ

قوله: وَلَا بُدَّ مِنَ القَبُولِ فِي الوَجْهَيْنِ، أي فيما إذا قال أنتِ طالقٌ بألفٍ وفيما إذا قال أنتِ طالقٌ علىٰ ألفٍ، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله تعالى: قال لامرأته أنتِ طالق بألف أو على ألف أو على أن تعطيني ألفًا أو خلعتكِ على ألف أو بارأتكِ أو طلقتكِ بألف يقع بالقبول في المجلس، وهذا يمينٌ من جهة الزوج فيصحُّ تعليقه وإضافته ولا يصحُّ رجوعه، ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ويتوقف على البلوغ إذا كانت غائبةً لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال، وهو من جهة المرأة مبادلة فلا يصحُّ تعليقها وإضافتها، ويصحُّ رجوعها قبل قبول الزوج، ويبطل بقيامها عن المجلس، ولا يتوقف على البلوغ إلى الزوج لأنه تكميل المال من جهتها.

قوله: وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لِمَا قُلْنَا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها.

قَوْلِهِمْ بِدِرْهَمٍ، وَلَهُ أَنَّهُ جُمْلَةٌ تَامَّةٌ فَلَا تَرْتَبِطُ بِمَا قَبْلَهُ إِلَّا بِدَلَالَةٍ، إِذِ الأَصْلُ فِيهَا الِاسْتِقْلَالُ وَلَا دَلَالَةَ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ يَنْفَكَّانِ عَنِ المَالِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّهُمَا لَا يُوجَدَانِ دُونَهُ.

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ عَلَىٰ أَنِّي بِالْخِيَارِ أَوْ عَلَىٰ أَنَّكِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلَتْ فَالْخِيَارُ بَاطِلٌ إِذَا كَانَ لِلزَّوْجِ، وَهُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ لِلْمَرْأَةِ، فَإِنْ رَدَّتِ الخِيَارَ فِي الثَّلَاثِ بَطَلَ، وَإِنْ لَمْ تَرُدَّ طَلُقَتْ وَلَزِمَهَا الأَلْفُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا: الخِيَارُ بَاطِلٌ فِي الوَجْهَيْنِ،

قوله: إِذِ الأَصْلُ فِيهَا الِاسْتِقْلَالُ، ألا ترىٰ أنه إذا قال إن دخل فلان هذه الدار فأنتِ طالق وضرَّتكِ طالق تطلق ضرَّتها في الحال لإفرادها بالخبر فصارت مستقلةً بنفسها، ولو قال إن دخل فلان الدار فأنتِ طالق وعبدي حُرٌّ فإنَّ العتق يتعلق أيضًا بالدخول لأنَّ قوله وعبدي حُرٌّ وإن كان تامًّا لكنه في حقِّ التعليق قاصر لأنَّ خبر الأول لا يصلح خبرًا، بخلاف مسئلة الضرَّة لأنه يكفيه أن يقول وضرَّتكِ إن كان غرضه التعليق لأنَّ خبر الأول يصلح خبرًا له ولا دلالةَ هنا لأنَّ الطلاق والعتاق شرعا بمال وبغيره والكرام يأبون قبول بدل الخلع أشدَّ الإباء، بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضةً فصلحت دلالةً، أو لأنه لما تردد بين الشرط والابتداء لا يجب المال بالشكِّ، بخلاف قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنت حر، لأنَّ أول كلامه غير مفيد شيئًا إلَّا بآخره فإنه يصير به تعليقًا للعتق بأداء المال، وههنا أوَّل الكلام إن صدر من الزوج بأن قال أنتِ طالق وعليك ألف درهم كان إيقاعًا مفيدًا بدون آخره فلا حاجة إلى أن يحمله على الحال وإن صدر منها فهو التماس صحيح منها على ما ذكرنا، فلهذا لا يحمل على واو الحال، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالىٰ عليه.

وَالطَّلَاقُ وَاقِعٌ وَعَلَيْهَا أَلْفُ دِرْهَمٍ) لِأَنَّ الخِيَارَ لِلْفَسْخِ بَعْدَ الِانْعِقَادِ لَا لِلْمَنْعِ مِنَ الِانْعِقَادِ، وَالتَّصَرُّفَانِ لَا يَحْتَمِلَانِ الفَسْخَ مِنَ الجَانِبَيْنِ لِأَنَّهُ فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ وَمِنْ جَانِبِهَا شَرْطُهَا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ حَتَّىٰ يَصِحَّ رُجُوعُهَا، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ فَيَصِحُّ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ، أَمَّا فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ حَتَّىٰ لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ، وَلَا خِيَارَ فِي الأَيْمَانِ، وَجَانِبُ العَبْدِ فِي العَتَاقِ مِثْلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلَاقِ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ طَلَّقْتُكِ أَمْسِ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَمْ تَقْبَلِي فَقَالَتْ قَبِلْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْتُ مِنْكَ هٰذَا العَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَمْسِ فَلَمْ تَقْبَلْ فَقَالَ: قَبِلْتُ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي) وَوَجْهُ الفَرْقِ

قوله: وَالتَّصَرُّفَانِ، وهما إيجاب الزوج وقبول المرأة، أمَّا إيجاب الزوج فإنَّه يمينٌ لأنه ذكر شرط وجزاء معنًى واليمين لا يقبل الفسخ، وأمَّا قبول المرأة فإنه شرط اليمين وكما أنَّ اليمين لا يقبل الفسخ فشرطها لا يقبل الفسخ أيضًا، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ الخلع من جانبها معاوضة حتى يصحَّ رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ما وراء المجلس، وأمَّا قبولها فمن جانبها شرط اليمين، قلنا: نعم قبول المرأة شرطٌ في حقِّ الزوج، فأمَّا في حقِّ نفسه فتمليك مال جعل شرطًا كرجل قال لآخر: إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدي الآخر هذا حُرٌّ، إنه معلَّق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن أن يكون شرطًا لليمين، فكذا هذا.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ طَلَّقْتُكِ أَمْسِ – إلى قوله – وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ

أَنَّ الطَّلَاقَ بِالْمَالِ يَمِينٌ مِنْ جَانِبِهِ فَالْإِقْرَارُ بِهِ يَكُونُ إِقْرَارًا بِالشَّرْطِ لِصِحَّتِهِ بِدُونِهِ، أَمَّا البَيْعُ فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبُولِ وَالْإِقْرَارُ بِهِ إِقْرَارٌ بِمَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ فَإِنْكَارُهُ القَبُولَ رُجُوعٌ مِنْهُ.

قَالَ: (وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلْعِ كِلَاهُمَا يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ:

بِالْمَالِ يَمِينٌ مِنْ جَانِبِهِ، والقبول شرط الحنث فتمَّ اليمين بلا قبول فلا يكون الإقرار باليمين إقرارًا بشرط الحنث لصحَّتها بدونه فصار القول قوله لأنَّ الزوجين إذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج لأنه منكر، وأمَّا البيع فإيجاب وقبول ولا صحَّة لأحدهما بدون الآخر فصار الإقرار بالبيع إقرارًا بما لا يتمُّ إلا به، فإذا أنكره فقد رجعا عمَّا أقرَّ به فلا يصدق حتى لو قال لها: بعتك طلاقك أمس، فلم تقبلي فقالت: قبلتُ فكان القول قولها كما في بيع العروض، وكذا لو قال لعبده: بعتك نفسك بألفٍ، ولم تقبل وقال العبد قبلتُ كان القول قول العبد، ولو قال: اعتقتك أمس على ألفٍ فلم تقبل وقال العبد قبلتُ كان القول قول المولىٰ، وهذا والطلاقُ سواءٌ.

قوله: **وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلْعِ كِلَاهُمَا يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ**، أي من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لو اختلعت منه بشيءٍ مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها أوّلاً لزمها ما سمَّته وكان المهر للزوج، وكذا لو أخذت المهر منه ثم خالعها قبل أن يدخل بها على شيء فهو جائز والمهر كله لها، وكذا لو بارأها علىٰ شيء لا يتبع أحدهما صاحبه بشيء من المهر، وكذا لو قبضت منه نصف المهر أو أقلَّ أو أكثر ثم اختلعت منه بدراهم مسمَّاة أو بثوبٍ معروفٍ قبل أن يدخل بها فللزوج ما سمَّت له في الخلع ولا سبيل لأحدهما على صاحبه من المهر، وكذا لو وقع

لَا يَسْقُطُ فِيهِمَا إِلَّا مَا سَمَّيَاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الخُلْعِ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المُبَارَأَةِ، لِمُحَمَّدٍ أَنَّ هٰذِهِ مُعَاوَضَةٌ وَفِي المُعَاوَضَاتِ يُعْتَبَرُ المَشْرُوطُ لَا غَيْرُهُ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المُبَارَأَةَ مُفَاعَلَةٌ مِنَ البَرَاءَةِ فَتَقْتَضِيهَا مِنَ الجَانِبَيْنِ وَأَنَّهُ مُطْلَقٌ قَيَّدْنَاهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ لِدَلَالَةِ الغَرَضِ، أَمَّا الخُلْعُ فَمُقْتَضَاهُ الِانْخِلَاعُ وَقَدْ حَصَلَ فِي نَقْضِ النِّكَاحِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى انْقِطَاعِ الأَحْكَامِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلْعَ يُنْبِئُ عَنِ الفَصْلِ وَمِنْهُ خَلَعَ النَّعْلَ وَخَلَعَ العَمَلَ وَهُوَ مُطْلَقٌ كَالْمُبَارَأَةِ فَيُعْمَلُ بِإِطْلَاقِهِمَا فِي النِّكَاحِ وَأَحْكَامِهِ وَحُقُوقِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَالِهَا لَمْ يَجُزْ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ لَهَا فِيهِ إِذِ البِضْعُ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَالْبَدَلُ مُتَقَوِّمٌ بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّ البِضْعَ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ الدُّخُولِ وَلِهٰذَا يُعْتَبَرُ خَلْعُ

علىٰ مائة دراهم من المهر والمهر كلُّه على الزوج أو في يد المرأة لا يتبع صاحبه بشيء من المهر، وكذا لو كان المهر عبدًا بعينه في يده أو في يدها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يسقط فيها إلّا ما سمّاه وأيّهما كان له قبل صاحبه شيء من المهر ردَّه عليه، وأبو يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المبارأة، وأمّا نفقة العدَّة فإن شرطت في الخلع والمبارأة يسقط إجماعًا وإلّا لا يسقط إجماعًا، وأمّا نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلا تقع البراءة عنها إن لَم يشترط ذلك في الخلع والمبارأة إجماعًا، وإن شرطت أو وقّت لذلك وقتًا كسنةٍ ونحوها جاز، وإن لم يُوَقَّت لم يجز ولم تقع البراءة عنها.

الْمَرِيضَةِ مِنَ الثُّلُثِ وَنِكَاحُ الْمَرِيضِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ لَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ وَلَا يَسْتَحِقُّ مَالَهَا، ثُمَّ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ لَا يَقَعُ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ بِشَرْطِ قَبُولِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ.

(وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَىٰ أَلْفٍ عَلَىٰ أَنَّهُ ضَامِنٌ فَالْخُلْعُ وَاقِعٌ وَالْأَلْفُ عَلَى الْأَبِ) لِأَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الْخُلْعِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلَى الْأَبِ أَوْلَىٰ، وَلَا يَسْقُطُ مَهْرُهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ وِلَايَةِ الْأَبِ (وَإِنْ

قوله: ثُمَّ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي رِوَايَةٍ، لأنه علَّق الطلاق بقبول الأب، ولو علق الطلاق بشرط وهو فعل الأب كدخول الدار يقع الطلاق إن وجد الشرط كذا هنا، وفي روايةٍ لا يقع الطلاق إلا إذا قبلت الصغيرة لأنَّ الأب إذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعًا مع البنت، كأنه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها، والأوّل أصحُّ.

قوله: وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَىٰ أَلْفٍ، وهي صغيرةٌ علىٰ أنَّ الأب ضامن للألف فالخلع واقعٌ والألف عليه ولم يرد بِهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لأنَّ الزوج لا يستحق مالاً على الصغيرة فلا يكون كفالة ولكن المراد هنا بالضمان إلتزام المال ابتداءً لا بجهة الكفالة، وإن لم يكن الضمان شرطًا في الخلع وكان معطوفًا لم يصحَّ الخلع والضمان ولم تطلق.

قوله: لِأَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الْخُلْعِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلَى الْأَبِ أَوْلَىٰ، وجه الأولوية أنَّ للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعًا وشراءً وإجارةً وإبضاعًا وإيداعًا ولا ولاية للأجنبي عليه، وإنما جاز اشتراط بدل الخلع على الأجنبيِّ ولم يجز اشتراط بدل العتق لأنَّ الأجنبيَّ بمنزلة المرأة في الخلع من حيث أنَّ المال يجب على المرأة في الخلع من غير أن يسلم لها شيء، لأنَّ الطلاق إزالة لملك المتعة وإسقاط لعقد النكاح

شَرَطَ الأَلْفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَىٰ قَبُولِهَا إنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، فَإِنْ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ (وَلَا يَجِبُ المَالُ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الغَرَامَةِ فَإِنْ قَبِلَهُ الأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ (وَكَذَا إنْ خَالَعَهَا عَلَىٰ مَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنِ الأَبُ المَهْرَ تَوَقَّفَ عَلَىٰ قَبُولِهَا، فَإِنْ

لأنَّ ملك النكاح ضروري يظهر في حقِّ الإسقاط فحسب فلم يحصل لها في الطلاق شيء ليصير إثباتًا، فنزل الأجنبي في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم لكل شيء، وأمَّا في العتق فالمال شرع على العبد بأداء ما سلم له من القوة إذ هو عبارة عنها يقال: عتق الطير، إذا قوى وعتقت البكر إذا قَوِيَتْ وأدْرَكَت فصار الإعتاق إثباتًا للقوة الشرعية بعد ما كانت معدومةً والقوة معنًى يثبت فيه فلا يجوز أن يكون هو حاصلاً للعبد ثابتًا فيه وعوضه مستحق على غيره، فصار كالبيع فلا ينزل الأجنبي منزلته في ذلك، ولهذا لزمته قيمته في العتق على الخمر وإعتاق أحد الشريكين وإعتاق الراهن المستعير، ولا يقال: بأنَّه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوَّة فكان كالإعتاق، لأنَّ الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدًا ولا يسلب المالكية والإعتاق لإزالة الرقِّ وهو ثابت في المحلِّ على الكمال وسلطان المالكية ساقطٌ به فصار الإعتاق إثباتًا للقوة بعد العدم والطلاق إزالة للقيد لتعمل القوة عملها فصحَّ أنه إسقاطٌ والإعتاق إثباتٌ.

قوله: إنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، بأن كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها.

قوله: وَكَذَا إنْ خَالَعَهَا عَلَىٰ مَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنِ الأَبُ المَهْرَ تَوَقَّفَ عَلَىٰ قَبُولِهَا، فَإِنْ قَبِلَتْ طَلُقَتْ وَلَا يَسْقُطُ المَهْرُ، وإن لم تقبل وقبل الأب عنها هل يقع الطلاق؟ فعلى الروايتين وإن ضمن الأب المهر وهو ألف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط، ثمَّ قيل تأويل المسئلة إن خالعها على مال مثل مهرها، أمَّا لو خالعها على الصداق لم

قَبِلَتْ طَلُقَتْ وَلَا يَسْقُطُ المَهْرُ) وَإِنْ قَبِلَ الأَبُ عَنْهَا فَعَلَى الرِّوَايَتَيْنِ (وَإِنْ ضَمِنَ الأَبُ المَهْرَ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ طَلُقَتْ) لِوُجُودِ قَبُولِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ وَيَلْزَمُهُ خَمْسُمِائَةٍ اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ يَلْزَمُهُ الأَلْفُ، وَأَصْلُهُ فِي الكَبِيرَةِ إِذَا اخْتَلَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَىٰ أَلْفٍ وَمَهْرُهَا أَلْفٌ فَفِي القِيَاسِ عَلَيْهَا خَمْسُمِائَةٍ زَائِدَةٌ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ لَا شَيْءَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ عَادَةً حَاصِلُ مَا يَلْزَمُ لَهَا.

يجز الخلع أصلاً لأنه مالٌ مملوكٌ لها وليس للأب ولاية إبطال ملكها بأداء ما ليس بمتقوِّم ولا معتبَر بضمانه في ذلك، والأصح أنَّ الخلع على مهرها وعلىٰ مال مثل مهرها سواءٌ لأنَّه وإن سمَّى المهر في الخلع فإنَّما يتناول العقد مثله وضمان الأب إيَّاه صحيحٌ فبعد ذلك يُنظر إن كان المهر ألف درهم لزمه الألف قياسًا إن كان قبل الدخول، وفي الاستحسان لزمه خمس مائة ولها على الزوج خمس مائة، وأصله أنَّ المرأة الكبيرة إذا تزوَّجت بألفٍ ثم اختلعت بألفٍ قبل الوطء ففي القياس عليها خمس مائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنَّ العادة جرت بين الناس أنَّهم يريدون به ما يلزمه لها وبدل الخلع إذا أضيف إلىٰ أجنبي شرط قبوله، وإن أضيف إلى المرأة أو إلى الغير لكن المرأة خاطبت أو لم يضف إلى أحد شرط قبولها لأنَّها أوْلىٰ إذ الملك يسقط عنها.

قوله: وَإِنْ قَبِلَ الأَبُ عَنْهَا، ففيه روايتان، هذا القبول هو في معنى الشرط، في رواية يصحُّ لأنَّ هذا نفع محض، لأنَّ الصغيرة تتخلَّص عن عهدته بغير مال فصحَّ من الأب كقبول الهبَّة، وفي رواية لا يصحُّ، لأنَّ هذا القبول بمعنى شرط اليمين، وذا لا يحتمل النيابة، وهذا أصحُّ، والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ الظِّهَارِ

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلَا مَسُّهَا وَلَا تَقْبِيلُهَا حَتَّىٰ يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ إِلَىٰ أَنْ قَالَ ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] ....

باب الظهار

هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التأبيد، وركنه أنتِ عليَّ كظهر أمي، وشرطه أن يكون المشبه منكوحة حتى لا يصحُّ الظهار من أمته، وأهله من هو أهل للكفارة حتى لا يصحُّ ظهار الذمي والصبي، وحكمه حرمة الوطئ إلى غاية الكفارة مع بقاء أصل الملك كما في حال الحيض، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ إلىٰ قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] نزلت الآية في خولة امرأة أوس بن الصامت، رآها وهي تصلي وكانت حسنة الجسم فلمَّا سلمت راودها فأبت بغضبٍ فظاهر منها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إنَّ أوسًا تزوجني وأنا شابة مرغوبة فِيَّ فلمَّا خلا سني ونثرت بطني جعلني عليه كأمه، ورُوي أنَّها قالت له صلى الله عليه وسلم: إنَّ لي صبيَّة صغارًا إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إليَّ جاعوا، فقال عليه الصلاة والسلام: «ما عندي في أمرك شيء» ورُوِيَ أنه قال لها: «حرمت عليه» فهتفت وشكت إلى الله تعالىٰ فنزلت.

وَالظِّهَارُ كَانَ طَلَاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَقَرَّرَ الشَّرْعُ أَصْلَهُ وَنَقَلَ حُكْمَهُ إِلَىٰ تَحْرِيمٍ مُوَقَّتٍ بِالْكَفَّارَةِ غَيْرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ لِكَوْنِهِ مُنْكَرًا مِنَ القَوْلِ وَزُورًا فَيُنَاسِبُ المُجَازَاةَ عَلَيْهَا بِالْحُرْمَةِ، وَارْتِفَاعُهَا بِالْكَفَّارَةِ، ثُمَّ الوَطْءُ إِذَا حَرُمَ حَرُمَ بِدَوَاعِيهِ كَيْ لَا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الإِحْرَامِ، بِخِلَافِ الحَائِضِ وَالصَّائِمِ لِأَنَّهُ يَكْثُرُ وُجُودُهُمَا، فَلَوْ حَرُمَ الدَّوَاعِي يُفْضِي إِلَى الحَرَجِ وَلَا كَذٰلِكَ الظِّهَارُ وَالْإِحْرَامُ.

(فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ اسْتَغْفَرَ اللهَ تَعَالَىٰ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ الكَفَّارَةِ الأُولَىٰ وَلَا يَعُودُ حَتَّىٰ يُكَفِّرَ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي وَاقَعَ فِي ظِهَارِهِ قَبْلَ الكَفَّارَةِ: اسْتَغْفِرِ اللهَ وَلَا تَعُدْ حَتَّىٰ تُكَفِّرَ» وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ آخَرُ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيْهِ، قَالَ:

قوله: وَالظِّهَارُ كَانَ طَلَاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَقَرَّرَ الشَّرْعُ أَصْلَهُ - وهو التحريم - وَنَقَلَ حُكْمَهُ إِلَىٰ تَحْرِيمٍ مُوَقَّتٍ بِالْكَفَّارَةِ غَيْرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ.

قوله: فَيُنَاسِبُ المُجَازَاةَ عَلَيْهَا بِالْحُرْمَةِ، لأنَّ تحريم الحلال يصلحُ جزاءً للجناية قال الله تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٦٠] ويناسب أن تكون الكفارة رافعةً للحرمة لأنَّها حسنة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود: ١١٤] ثم الوطي إذا حرِّم حرم بدواعيه، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يحرم الدواعي لأنَّ التحريم عُرف بقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ والتماس في القرآن كنايةٌ عن الجماع، إلَّا أنَّا نقول: التماس حقيقة للمسِّ باليد، فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز.

وَهٰذَا اللَّفْظُ لَا يَكُونُ إِلَّا ظِهَارًا لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَلَوْ نَوَىٰ بِهِ الطَّلَاقَ لَا يَصِحُّ) لِأَنَّهُ مَنْسُوخٌ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الإِتْيَانِ بِهِ (وَإِذَا قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَوْ كَفَخْذِهَا أَوْ كَفَرْجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ) لِأَنَّ الظِّهَارَ لَيْسَ إِلَّا تَشْبِيهُ المُحَلَّلَةِ بِالْمُحَرَّمَةِ، وَهٰذَا المَعْنَىٰ يَتَحَقَّقُ فِي عُضْوٍ لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ (وَكَذَا إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ مِثْلَ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ) لِأَنَّهُنَّ فِي التَّحْرِيمِ المُؤَبَّدِ كَالْأُمِّ.

(وَكَذٰلِكَ إِذَا قَالَ رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي أَوْ فَرْجُكِ أَوْ وَجْهُكِ أَوْ رَقَبَتُكِ أَوْ نِصْفُكِ أَوْ ثُلُثُكِ أَوْ بَدَنُكِ) لِأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ، وَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِي الشَّائِعِ ثُمَّ يَتَعَدَّىٰ كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلَاقِ ....

قوله: وَهٰذَا اللَّفْظُ - وهو قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي - لَا يَكُونُ إِلَّا ظِهَارًا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: وكذا لو قالت لزوجها: أنتِ عليَّ كظهر أمي، لأنه تحريم يرتفع بالكفارة.

قوله: وَكَذَا إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ، بنسب أو رضاع أو مصاهرة، ولو شبَّهها بظهر أجنبية لا يكون مظاهرًا لأنها تحلُّ له بالعقد، ولو قال: أنتِ عليَّ كظهر فلانة، وهي أم المزنى بِها أو ابنة المزنى بِها لا يصير مظاهرًا، لأنَّ بالزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعي رحمه الله تعالى، فتكون حرمته غير قطعية فلا يمكن إلحاقها بالمنصوص، أطلقه في الشافي، وفي الكفاية يكون مظاهرًا عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ خلافًا لمحمد رحمه الله تعالىٰ.

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي يَرْجِعُ إِلَىٰ نِيَّتِهِ) لِيَنْكَشِفَ حُكْمُهُ (فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ التَّكْرِيمَ بِالتَّشْبِيهِ فَاشٍ فِي الكَلَامِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِجَمِيعِهَا، وَفِيهِ تَشْبِيهٌ بِالْعُضْوِ لٰكِنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فَيَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِالْأُمِّ فِي الحُرْمَةِ فَكَأَنَّهُ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِاحْتِمَالِ الحَمْلِ عَلَى الكَرَامَةِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَكُونُ ظِهَارًا لِأَنَّ التَّشْبِيهَ بِعُضْوٍ مِنْهَا لَمَّا كَانَ ظِهَارًا فَالتَّشْبِيهُ بِجَمِيعِهَا أَوْلَىٰ، وَإِنْ عَنَى بِهِ التَّحْرِيمَ لَا غَيْرُ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ إِيلَاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ظِهَارٌ لِأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ تَخْتَصُّ بِهِ.

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَأُمِّي وَنَوَىٰ ظِهَارًا أَوْ طَلَاقًا فَهُوَ عَلَىٰ مَا نَوَىٰ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ، الظِّهَارَ لِمَكَانِ التَّشْبِيهِ وَالطَّلَاقَ لِمَكَانِ

قوله: وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي يَرْجِعُ إِلَىٰ نِيَّتِهِ – إلى قوله – وَإِنْ عَنَى بِهِ التَّحْرِيمَ لَا غَيْرُ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ هُوَ إِيلَاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ، إذ الحرمة في اليمين للغير، بخلاف الظهار حتى تحلُّ له مباشرتها بعد الإيلاء بخلاف الظهار، ولأنَّ كفارة اليمين أدنىٰ من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة، ولأنَّ حرمة الإيلاء ترتفع بالحنث بدون أداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع إلَّا بأداء الكفارة، ولأنَّ سبب الحرمة في الظهار منكر من القول والحرمة الثابتة بالإيلاء بسبب مشروع في الجملة لأنَّ اليمين مشروع في الجملة، فإذا كان السبب أقوىٰ في الحرمة كان الحكم أقوىٰ ضرورةً.

التَّحْرِيمِ وَالتَّشْبِيهُ تَأْكِيدٌ لَهُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِيلَاءٌ، وَعَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ ظِهَارٌ، وَالْوَجْهَانِ بَيَّنَّاهُمَا (وَإِنْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَنَوَىٰ بِهِ طَلَاقًا أَوْ إِيلَاءً لَمْ يَكُنْ إِلَّا ظِهَارًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ عَلَىٰ مَا نَوَىٰ) لِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَحْتَمِلُ كُلَّ ذٰلِكَ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا نَوَى الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ ظِهَارًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا وَقَدْ عُرِفَ مَوْضِعُهُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي

قوله: وَالْوَجْهَانِ بَيَّنَّاهُمَا، وهو ما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في قوله: أنتِ عليَّ مثل أُمِّي، ونوى التحريم لا غير يكون إيلاءً ليكون الثابت أدنى الحرمتين، وعند محمد رحمه الله تعالى ظهارٌ لأنَّ كاف التشبيه يختصُّ به.

قوله: وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَكُونَانِ جَمِيعًا، أي يقع الطلاق بنيَّته ويكون مظاهرًا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في صرف الكلام عن ظاهره، بمنزلة قوله: زينب طالق، وله امرأةٌ معروفةٌ بهذا الاسم فقال: لي امرأةٌ أخرىٰ وإيَّاها عنيتُ، يقع الطلاق على تلك بنيته، وعلى هذه المعروفة بالظاهر، ولكن هذا ضعيفٌ فإنَّ الطلاق إن وقع بقوله أنتِ عليَّ حرام كان متكلمًا بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصحُّ، وإن قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنتِ عليَّ حرامٌ، قلنا: اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، كذا في المبسوط، وذكر في الفوائد الظهيرية جواب أبي يوسف عن هذا فقال: جاز أن يصح ظهار المُبانة على قوله، فكَأَنَّ هذا رواية منه علىٰ صحة ظهار المُبانة.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ فَلَا يُحْتَمَلُ غَيْرُهُ، لأنَّ معنى قوله أنتِ عليَّ كظهر أُمِّي أنتِ عليَّ حرامٌ كظهر أُمِّي فيكون الحرام تفسيرًا للظهار

الظِّهَارِ فَلَا يُحْتَمَلُ غَيْرُهُ، ثُمَّ هُوَ مُحْكَمٌ فَيُرَدُّ التَّحْرِيمُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِنَ الزَّوْجَةِ، حَتَّىٰ لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وَلِأَنَّ الحِلَّ فِي الأَمَةِ تَابِعٌ فَلَا تُلْحَقُ بِالْمَنْكُوحَةِ، وَلِأَنَّ الظِّهَارَ مَنْقُولٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلَا طَلَاقَ فِي المَمْلُوكَةِ.

والشيء لا يتغيَّر بتفسيره، كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ.

قوله: ثُمَّ هُوَ مُحْكَمٌ، وهذا لأنَّ الحرمات أنواعٌ: حرمة الإيلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار، وقد ترجحت حرمة الظهار على ما عداها بالتشبيه بظهر الأمِّ، فكان القول محكمًا في حرمة الظهار فيحمل المحتمل على المحكم، بخلاف ما إذا قال: أنتِ عليَّ حرام كأمي، حيث تصح نية الطلاق لأنَّ الظهار مفسَّرٌ بقوله أنتِ عليَّ كظهر أمي ولا يكون مفسرًا في الظهار في الأول دون الثاني، ألا ترىٰ أنه لو صحَّ نية الطلاق في قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي، يلزم رد حكم النصِّ لأنَّ هذا القائل داخلٌ تحت قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣].

قوله: وَلِأَنَّ الحِلَّ فِي الأَمَةِ تَابِعٌ فَلَا تُلْحَقُ بِالْمَنْكُوحَةِ، وهذا لأنَّ حرمة الظهار عرف بنصِّ القرآن معلولاً بقوله تعالىٰ: ﴿مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢] باعتبار أنَّ النكاح شرع لافادة حلِّ الوطي الذي هو سبب التوالد والتناسل فكانت الزَّوجية في أعلى درجات الحلّ بحيث لا يجوز تخلف الحلّ عنها، فلمَّا شبَّه التي هي في أعلىٰ درجات الحلِّ بمن هي في أعلىٰ درجات الحرمة كان منكرًا من القول وزورًا، والحلّ في الأمة تابع ولا يكون مقصودًا ولهذا جاز تخلف الحلّ عن ملك اليمين فلم يكن تشبيهًا بالأمِّ في كونه منكرًا مثل تشبيه المنكوحة بالأمّ فلم تلحق بالمنكوحة في حكم النصِّ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ أَمْرِهَا ثُمَّ ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَجَازَتِ النِّكَاحَ فَالظِّهَارُ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي التَّشْبِيهِ وَقْتَ التَّصَرُّفِ فَلَمْ يَكُنْ مُنْكَرًا مِنَ القَوْلِ، وَالظِّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ مِنْ حُقُوقِهِ حَتَّىٰ يَتَوَقَّفَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ المِلْكِ.

(وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهِرًا مِنْهُنَّ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الظِّهَارَ إِلَيْهِنَّ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ (وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ) لِأَنَّ الحُرْمَةَ تَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَةٍ وَالْكَفَّارَةُ لِإِنْهَاءِ الحُرْمَةِ فَتَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهَا، بِخِلَافِ الإِيلَاءِ مِنْهُنَّ لِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ لِصِيَانَةِ حُرْمَةِ الاسْمِ وَلَمْ يَتَعَدَّدْ ذِكْرُ الاسْمِ.

قوله: وَالظِّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ مِنْ حُقُوقِهِ، وهذا لأنَّ الظهار مُثْبِتٌ للحرمة والنكاح مُثْبِتٌ للحل وبينهما تناف، وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح أن يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتوابعه.

قوله: بِخِلَافِ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ المِلْكِ، وهذا لأنَّ حق الملك ما يتأكد به الملك والملك يتأكد بالإعتاق لأنه ينتهي به والشيء بانتهائه يتقرَّر ويتأكَّد ولهذا يثبت له الولاء.

قوله: بِخِلَافِ الإِيلَاءِ مِنْهُنَّ، بأن قال: والله لا أقْرَبكُنَّ فإنه إذا لم يقربهنَّ حتى مضت أربعة أشهُرٍ طُلِّقْنَ جميعًا، وأمَّا إذا قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارةٌ واحدةٌ لأنَّ ذكر الله تعالىٰ لم يتعدد لأنَّه قال مرَّةً واحدةً والله لا أقْربكُنَّ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي الكَفَّارَةِ

قَالَ: (وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ) فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) لِلنَّصِّ الوَارِدِ فِيهِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ الكَفَّارَةَ عَلَىٰ هٰذَا التَّرْتِيبِ.

قَالَ: (وَكُلُّ ذٰلِكَ قَبْلَ المَسِيسِ) وَهٰذَا فِي الإِعْتَاقِ، وَالصَّوْمُ ظَاهِرٌ لِلتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، وَكَذَا فِي الإِطْعَامِ لِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ مَنْهِيَّةٌ لِلْحُرْمَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهَا عَلَى الوَطْءِ لِيَكُونَ الوَطْءُ حَلَالًا.

قَالَ: (وَتُجْزِي فِي العِتْقِ الرَّقَبَةُ الكَافِرَةُ وَالْمُسْلِمَةُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ) لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ يَنْطَلِقُ عَلَىٰ هَؤُلَاءِ إِذْ هِيَ عِبَارَةٌ

فصل في الكفارة

قوله: قَالَ: وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ، أي إعتاقها فإنَّ العتق ينوبُ عن الكفارة، ألا ترىٰ أنه لو وَرِثَ أباه ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدتِها.

قوله: وَتُجْزِي فِي العِتْقِ الرَّقَبَةُ الكَافِرَةُ، وعند بعض المشايخ رحمهم الله تعالىٰ لا يجوز إعتاق المرتد عن الكفَّارة لأنه بالرِّدة صار حربيًا، ولهذا حلَّ قتله، وصرف الكفارة إلى الحربيِّ لا يجوز.

قوله: إِذْ هِيَ عِبَارَةٌ عَنِ الذَّاتِ المَرْقُوقِ المَمْلُوكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وقوله من كل

عَنِ الذَّاتِ المَرْقُوقِ المَمْلُوكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي الكَافِرَةِ وَيَقُولُ: الكَفَّارَةُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَىٰ عَدُوِّ اللهِ كَالزَّكَاةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: المَنْصُوصُ عَلَيْهِ إِعْتَاقُ الرَّقَبَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، وَقَصْدُهُ مِنَ الإِعْتَاقِ التَّمَكُّنُ مِنَ الطَّاعَةِ ثُمَّ مُقَارَفَتُهُ المَعْصِيَةَ يُحَالُ بِهِ إِلَىٰ سُوءِ اخْتِيَارِهِ.

(وَلَا تُجْزِئُ العَمْيَاءُ وَلَا المَقْطُوعَةُ اليَدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ) لِأَنَّ الفَائِتَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ وَهُوَ البَصَرُ أَوِ البَطْشُ أَوِ المَشْيُ وَهُوَ المَانِعُ، أَمَّا إِذَا

وجه يتعلق بالمرقوق لأن المدبر لا يجوز لنقصان رقه، والمكاتب الذي لم يؤدِّ شيئًا يجوز لكمال رقِّه وإن لم يكن مملوكًا من كل وجه.

قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ: المَنْصُوصُ عَلَيْهِ إِعْتَاقُ الرَّقَبَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، فإن قيل: أمر بتحرير رقبة وهي نكرة فتمحَّضَ في الإثبات وقد ارتدَّت بها المؤمنة فبطلت الكافرة لأنَّ الكفر والإيمان ضدَّان، قلنا: جواز المؤمنة لأنَّها رقبة لا لأنها مؤمنة، ألا ترىٰ أنَّا نُجَوِّز الصغيرة والكبيرة وبين صفتي الصِّغَر والكِبَر تضادٌ.

قوله: وَقَصْدُهُ مِنَ الإِعْتَاقِ التَّمَكُّنُ مِنَ الطَّاعَةِ، جوابٌ عن قوله: الكفارة حقُّ الله فلا يجوز صرفها إلى عدُوِّه، قلنا: قصد المُكَفِّر أن يتمكن من الطاعات نحو الزكاة والحجِّ والجهاد والقضاء والشهادة، ثمَّ مفارقة العبد المعصية تضاف إلىٰ سوء اختيار العبد فلا يُخلُّ ذلك بمقصود المُكَفِّر، فإن قيل: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧] نهىٰ أن يطلب التقرُّب بالخبيث ولا خبث أشدَّ من الكفر، قلنا: الكفرُ خبثٌ من حيث الاعتقاد والمصروف إلى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيبٌ يسيرٌ على شرف الزوال.

اخْتَلَّتِ المَنْفَعَةُ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ، حَتَّىٰ يُجَوِّزَ العَوْرَاءَ وَمَقْطُوعَةَ إِحْدَى اليَدَيْنِ وَإِحْدَى الرِّجْلَيْنِ مِنْ خِلَافٍ لِأَنَّهُ مَا فَاتَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ بَلِ اخْتَلَّتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتَا مَقْطُوعَتَيْنِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِفَوَاتِ جِنْسِ مَنْفَعَةِ المَشْيِ إِذْ هُوَ عَلَيْهِ مُتَعَذِّرٌ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةُ النَّوَادِرِ، لِأَنَّ الفَائِتَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا الجَوَازَ لِأَنَّ أَصْلَ المَنْفَعَةِ بَاقٍ، فَإِنَّهُ إِذَا صِيحَ عَلَيْهِ سَمِعَ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ بِحَالٍ لَا يَسْمَعُ أَصْلًا بِأَنْ وُلِدَ أَصَمَّ وَهُوَ الأَخْرَسُ لَا يُجْزِيه.

(وَلَا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامَيِ اليَدَيْنِ) لِأَنَّ قُوَّةَ البَطْشِ بِهِمَا فَبِفَوَاتِهِمَا يَفُوتُ جِنْسُ المَنْفَعَةِ (وَلَا يَجُوزُ المَجْنُونُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ) لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالْجَوَارِحِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْعَقْلِ فَكَانَ فَائِتَ المَنَافِعِ ....

قوله: حَتَّىٰ يُجَوِّزَ العَوْرَاءَ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا تجوز لأنها ناقصة نقصانًا لا ترجىٰ زواله فكانت كالعمياء، والأصل عنده أنَّ كل عيب لا يرجى زواله يكون فاحشًا يمنع جواز التكفير به، وكلّ عيب يُرجىٰ زواله يكون يسيرًا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجَّة، ويجزى الخصي ومقطوع الأذنين ومقطوع المذاكير عندنا، خلافًا لزفر رحمه الله تعالىٰ هو يقول: فاتَ جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية، قلنا: بعد الأذنين الشاخصتين السمع باقٍ وإنَّما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبةُ مستهلكةً، كفوت شعر الحاجبين واللحية، وفي الخصي ومقطوع المذاكير إنَّما تفوت منفعة النسل وهي زائدة علىٰ ما يطلب من المملوك.

(وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يُجْزِئهُ) لِأَنَّ الِاخْتِلَالَ غَيْرُ مَانِعٍ، وَلَا يُجْزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ لِاسْتِحْقَاقِهِمَا الحُرِّيَّةَ بِجِهَةٍ فَكَانَ الرِّقُّ فِيهِمَا نَاقِصًا، وَكَذَا المُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّىٰ بَعْضَ المَالِ لِأَنَّ إعْتَاقَهُ يَكُونُ بِبَدَلٍ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجْزِيهِ لِقِيَامِ الرِّقِّ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلِهٰذَا تَقْبَلُ الكِتَابَةُ الِانْفِسَاخَ، بِخِلَافِ أُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَالتَّدْبِيرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ

قوله: وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يُجْزِئهُ، يريدُ به إذا أعتقه في حال إفاقته، وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى إذا أعتق عبدًا حلال الدم قد قضي بدمه عن ظهاره ثم عفي عنه لم يجز، كذا في المحيط.

قوله: وَلَا يُجْزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ، لأنَّ المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقةً وللذات المرقوقة عرفًا، وقد دلَّ على الرقِّ قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فيقتضي قيام الرقِّ مطلقًا وبالاستيلاد يتمكن النقصان في الرقِّ حتى لا يعود إلى الحالة الأولىٰ بحالٍ، ولأنَّ قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ يقتضي إنشاء العتق من كلِّ وجه وإعتاق أمِّ الولد تعجيلٌ لما صار مستحقًا لها فلا يكون إنشاءً من كلِّ وجه، هكذا في المبسوط، وإنَّما صار العتق ناقصًا بنقصان الرقِّ لأنَّ العتق ضدُّ الرقِّ لا ضدُّ الملك لأن الملك ثابت في الثياب ولا يثبت العتق فيها، والإعتاق إزالة الرقِّ وإثبات القوَّة فكماله بكمال الرقِّ أو الضعف الحكمي، فإن قيل: الإعتاق إزالة الملك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى والملك فيهما كامل فنقصان الرقِّ لا يمنع كمال الإعتاق، قلنا: هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الإعتاق إزالة الملك المستلزمة لزوال الرقِّ، وإنَّما كان إعتاقًا لزوال الرقِّ لا لزوال الملك بدليل أنَّه لا يتصوَّر الإعتاق بدون رقِّ المحل، ولو كان الإعتاق إزالة الملك لوجب أن يصحَّ في مملوكٍ لا رقَّ فيه.

الِانْفِسَاخَ، فَإِنْ أَعْتَقَ مُكَاتَبًا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا جَازَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، لَهُ أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الحُرِّيَّةَ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ فَأَشْبَهَ المُدَبَّرَ، وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَالْكِتَابَةُ لَا تُنَافِيه فَإِنَّهُ فَكُّ الحَجْرِ بِمَنْزِلَةِ الإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ إِلَّا أَنَّهُ بِعِوَضٍ فَيَلْزَمُ مِنْ جَانِبِهِ، وَلَوْ كَانَ مَانِعًا يَنْفَسِخُ

قوله: فَأَشْبَهَ المُدَبَّرَ، أي على مذهبكم، فعند الشافعي رحمه الله تعالى بيع المدبَّر جائز فكيف لا يجوز إعتاقه عن الكفارة، فكان هذا منه استدلالاً بمذهبنا احتجاجًا علينا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولا يتمكن النقصان في رقِّه ولا يصير العتق مستحقًّا له بسبب الكتابة لأنَّ حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الأداء ولو علَّق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل أَوْلىٰ لأنَّ التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع، ولو تمكَّن نقصان في رقّه لما تصوَّر فسخه وإعادته إلى الحالة الأولىٰ لأنَّ نقصان الرقِّ بثبوت الحرية من وجه، وكما أنَّ ثبوت الحرية من كل وجه لا يحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لأنَّ حقّ العتق لا يحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاد، بخلاف المكاتب الذي أدّىٰ بعض البدل لأنه تحريرٌ بعوض وبه لا تتأدّى الكفارة لأنها عبادةٌ فلا بُدَّ أن تكون خالصةً لله تعالىٰ ومتىٰ كان بعوضٍ لم يكن خالصًا لأنه يكون تجارةً.

قوله: وَالْكِتَابَةُ لَا تُنَافِيه، أي لا تنافي الرقَّ لأنَّ موجب الكتابة فكُّ الحجر في حق المكاسب وذا لا يتمكن نقصانًا في رقّه كالإذن في التجارة، وإنَّما لم يستبد المولى بالفسخ لأنه فكٌّ بعوض فيكون لازمًا والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيها لازمًا أو غير لازم لا يمكن نقصانًا في الرقِّ والملك كالإعارة والإجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى

مُقْتَضَى الإِعْتَاقِ إِذْ هُوَ يَحْتَمِلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ تَسْلَمُ لَهُ الأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ لِأَنَّ العِتْقَ فِي حَقِّ المَحَلِّ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ، أَوْ لِأَنَّ الفَسْخَ ضَرُورِيٌّ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الوَلَدِ وَالْكَسْبِ (وَإِنِ اشْتَرَىٰ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ يَنْوِي بِالشِّرَاءِ الكَفَّارَةَ جَازَ عَنْهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ كَفَّارَةُ اليَمِينِ وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِيكَ فِي كِتَابِ الأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللهُ.

التصرف فيه ويلزمه العقر والأرش لأنَّ ذا يرجع إلى المكاسب والمنافع وهي مستحقَّة له فإذا لم يكن نقصانًا في الرقِّ لا يمنع من التحرير للتكفير لأنَّه إزالة الرقِّ، ولئن كان مانعًا منه ينفسخ ضمنًا للإعتاق لأنه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضا هنا دلالةً لأنه لمَّا رضي بحصول العتق ببدلٍ لَأن يرضىٰ بحصوله بلا بدلٍ أوْلىٰ.

قوله: **إِلَّا أَنَّهُ تَسْلَمُ لَهُ الأَكْسَابُ**، جوابُ سؤالٍ بأن يقال: لو انفسخت الكتابة لما سلمت له الأكساب والأولاد لأنَّ سلامتها موجب حصول العتق بجهة الكتابة، قلنا: إنَّما سلم له الأكساب والأولاد لأنه عتق وهو مكاتب لا لأنه عتق بجهة الكتابة، كما لو كانت أمّ ولده ثمَّ مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد ويسلم لها الأكساب والأولاد، وهذا لأنَّ العتق في المكاتب واحد والإعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع إلى حقِّ المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدًا، وفي حق المولى يجعل إعتاقًا بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك، وهو كالمرأة إذا وهبت الصّداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لايرجع عليها بشيء، ويجعل هبتها في حقّ الزوج تحصيلاً لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقّها يجعل تمليكًا بهبَة مبتدأة، كذا في المبسوط، أو نقول: الفسخ ضروري والثابت ضرورةً يتقدَّر بقدرها فيظهر في حقّ جواز التحرير للتكفير لا في حقّ الأولاد والأكساب لأنه لا دلالة على الرضاء فيهما، فإن قيل: الملك انتقص بالكتابة

(وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ وَهُوَ مُوسِرٌ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيه لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَانِ فَصَارَ مُعْتِقًا كُلَّ العَبْدِ عَنِ الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِلْكُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَيَكُونُ إِعْتَاقًا بِعِوَضٍ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنْتَقِصُ عَلَىٰ مِلْكِهِ ثُمَّ يَتَحَوَّلُ

حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق، قلنا: الملك غير منصوص عليه، وإنَّما شرط الملك ضرورة أنَّ العتق لا ينفذ إلَّا فيه فشرط بقدر ما يتأدى به الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة، وهذا لأنَّ الإعتاق لإزالة الرقّ وملك الرقبة فكماله بكمالهما وهما كاملان لما مرَّ وإنَّما خرج عن ملك اليد والإعتاق لا يتصل به.

قوله: وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ – إلى قوله – بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا، حيث لا يجوز بالاتفاق، وكان ينبغي أن يجوز عندهما لأنَّ الإعتاق لا يتجزّى عندهما فيكون حُرًّا مديونًا، لكن لمَّا وجب عليه السعاية في نصيب شريكه كان إعتاقًا بعوض فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه شيء إذا كان المعتق موسرًا وقد عتق الكلّ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ الإعتاق يتجزَّأ فإنَّما عتق نصيبه في الابتداء، ونصف الرقبة ليس برقبة وقد تمكن النقصان في النصف الآخر لتعذر استدامة الرقِّ فيه، وهذا النقصان وقع في ملك شريكه وليس من الأداء إذ لا أداء قبل الملك وبالضمان صار ملكه ناقصًا، ومثله يمنع التكفير كالتدبير، وصار كأنه أعتق عبدًا إلَّا شيئًا منه، فإن قيل: المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندًا إلىٰ وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكًا للعتق زمان الإعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه، قلنا: الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حقِّ الضامن والمضمون له لا في حقِّ غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حقِّ غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز.

إِلَيْهِ بِالضَّمَانِ وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الكَفَّارَةَ (فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيه عَنْهَا جَازَ) لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِكَلَامَيْنِ وَالنُّقْصَانُ مُتَمَكِّنٌ عَلَىٰ مِلْكِهِ بِسَبَبِ الإِعْتَاقِ بِجِهَةِ الكَفَّارَةِ وَمِثْلُهُ غَيْرُ مَانِعٍ، كَمَنْ أَضْجَعَ شَاةً لِلْأُضْحِيَّةِ فَأَصَابَ السِّكِّينُ عَيْنَهَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ النُّقْصَانَ تَمَكَّنَ عَلَىٰ مِلْكِ الشَّرِيكِ وَهٰذَا عَلَىٰ أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْإِعْتَاقُ لَا يَتَجَزَّأُ، فَإِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الكُلِّ فَلَا يَكُونُ إِعْتَاقًا بِكَلَامَيْنِ.

(وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيه لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ الإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَشَرْطُ الإِعْتَاقِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ بِالنَّصِّ، وَإِعْتَاقُ النِّصْفِ حَصَلَ بَعْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا إِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الكُلِّ فَحَصَلَ الكُلُّ قَبْلَ المَسِيسِ.

(وَإِذَا لَمْ يَجِدِ المُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلَا يَوْمُ الفِطْرِ وَلَا يَوْمُ النَّحْرِ وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ) أَمَّا التَّتَابُعُ فَلِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ وَشَهْرُ رَمَضَانَ لَا يَقَعُ عَنِ الظِّهَارِ

قوله: فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فإن صام شهرين بالأهلَّة جاز وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يومًا، وإن صام بغير الأهلَّة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يومًا فعليه الاستينافُ.

قوله: لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلَا يَوْمُ الفِطْرِ وَلَا يَوْمُ النَّحْرِ وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ، وينقطع التَّتابع بتخلل هذه الأيام.

لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ مَا أَوْجَبَهُ اللهُ وَالصَّوْمُ فِي هٰذِهِ الأَيَّامِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ فَلَا يَنُوبُ عَنِ الوَاجِبِ الكَامِلِ.

(فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَسْتَأْنِفُ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ التَّتَابُعَ، إِذْ لَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى المَسِيسِ شَرْطًا فَفِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ تَقْدِيمُ البَعْضِ وَفِيمَا قُلْتُمْ تَأْخِيرُ الكُلِّ عَنْهُ، وَلَهُمَا أَنَّ الشَّرْطَ فِي الصَّوْمِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةً بِالنَّصِّ، وَهٰذَا الشَّرْطُ يَنْعَدِمُ بِهِ فَيَسْتَأْنِفُ (وَإِنْ

قوله: لَيْلًا عَامِدًا، ليس بقيد لأنَّ العمد والنسيان في الليل سواءٌ، وقد نصَّ عليه في شرح الطحاوي فقال: ولو جامعها بالليل ناسيًا أو عامدًا، وقوله: أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا، احتراز عن العمد فإنه إذا جامعها بالنهار عامدًا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق لانقطاع التتابع، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الشَّرْطَ فِي الصَّوْمِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةً بِالنَّصِّ، يعني أنَّ الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس، ومن ضرورة كونهما قبله إخلاؤهما عنه، فإذا وطئها فقد تعذَّر صومهما قبل التماس ولم يتقرَّر إخلاؤهما عنه وبأن سقط عنه أحد الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد أمكن اعتباره، فإن قيل: الخلو عن المسيس ثبت ضمنًا لاشتراط القبلية وقد سقط اعتبارها في هذه المسئلة فسقط ما في ضمنها، قلنا: لم يسقط اعتبارها في هذه المسئلة فإنَّ الحكم لا يتبدل بمعصية العبد

أَفْطَرَ مِنْهَا يَوْمًا بِعُذْرٍ أَوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَ) لِفَوَاتِ التَّتَابُعِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ عَادَةً (وَإِنْ ظَاهَرَ العَبْدُ لَمْ يَجُزْ فِي الكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّوْمُ) لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ (وَإِنْ أَعْتَقَ المَوْلَىٰ أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ لَمْ يَجْزِهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ المِلْكِ فَلَا يَصِيرُ مَالِكًا بِتَمْلِيكِهِ.

بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشروطها إلَّا أنه لا يؤخذ بفعل عجز عن إقامته، كما لا تؤخذ المرأة بالتتابع أيَّام الحيض في صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الإقامة مع قيام الخطاب حتَّىٰ لزمها إقامة التتابع بسائر الوجوه التي تقدر عليها، ولمَّا كان شرط القبلية قائمًا بقي ما في ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه، كالمرأة في إقامة شرط التتابع، كذا في الأسرار، وذكر في شرح الطحاوي أنَّ المرأة إذا صامت عن كفارة الإفطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فإنَّها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل أيام القضاء بعد الحيض، لأنها معذورة لا تجد صوم شهرين متتابعين لا حيضَ فيهما، ولو نفست استقبلت، ولو أفطرت يومًا بعد الحيض تستقبل، ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك فإنها تستقبل الصيام لأنها تجد صوم ثلاثة أيَّام لا حيض فيها، ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الإعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق، ويكون صومه تطوعًا، لأنه قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل، فانتقض حكم البدل، كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة، والأفضل أن يتمَّ صوم هذا اليوم، ولو لم يتمه وأفطر لا يجب عليه القضاء عندنا، وقال زفر رحمه الله تعالى: يجب عليه القضاء، ولو قدر على الإعتاق بعد غروب الشمس في آخر اليوم جاز صومه عن كفارته.

قوله: وَإِنْ ظَاهَرَ العَبْدُ – إلىٰ قوله – فَلَا يَصِيرُ مَالِكًا بِتَمْلِيكِهِ، فإن قيل: ينبغي أن يثبت العتق في ضمنه اقتضاءً، قلنا: إنَّما يصحُّ ذلك إن لو كان تبعًا والعتق أصل الأهلية

(وَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعِ الْمُظَاهِرُ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] (وَيُطْعِمُ كُلَّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ قِيمَةَ ذٰلِكَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ وَسَهْلِ ابْنِ صَخْرٍ: «لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ» وَلِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ دَفْعُ حَاجَةِ

فلا يثبت اقتضاءً.

قوله: أَوْ قِيمَةَ ذٰلِكَ، أي من غير الأعداد المنصوصة مطلقًا، وأمَّا في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمةً إذ كانت أقلَّ قدرًا ممَّا قدره الشرع، وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمةً، حتَّىٰ لو أدَّىٰ نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز، وكذا لو أدَّى أقلَّ من نصف صاع حنطةٍ تبلغ صاعًا من تمر أو شعير لا يجوز، والأصل فيه أنَّ كل جنس هو منصوصٌ عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنسٍ آخر هو منصوص عليه وإن كان في القيمة أكثر، كذا في المحيط، وهذا لأنه لا اعتبار لمعنى النصِّ في المنصوص عليه وإنَّما الاعتبار له في غير المنصوص عليه، فإن قيل: يشكل على هذا ما لو كسا عشر مساكين ثوبًا واحدًا في كفارة اليمين جاز عن الطعام إذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام، قلنا: لا يرد علينا ذلك لأنَّ المنصوص عليه هنالك الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء، وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين، فلم يكن المؤدَّىٰ منصوصًا عليه فيعتبر المعنى فيه فكان هذا طردًا لا نقضًا، لأنَّا قلنا: أنَّ اعتبار معنى النصِّ في غير موضع النصِّ وهذا في غير موضعه لما قلنا فيجوز، ولأنَّ المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة تجوز إقامة أحدهما مقام الآخر، والمقصود بأصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدَّى فيه أوْلىٰ، كذا في المبسوط.

اليَوْمِ لِكُلِّ مِسْكِينٍ فَيُعْتَبَرُ بِصَدَقَةِ الفِطْرِ، وَقَوْلُهُ أَوْ قِيمَةُ ذٰلِكَ مَذْهَبُنَا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الزَّكَاةِ (فَإِنْ أَعْطَىٰ مَنًّا مِنْ بُرٍّ وَمَنَوَيْنِ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ جَازَ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ إِذِ الجِنْسُ مُتَّحِدٌ (وَإِنْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ مِنْ ظِهَارِهِ فَفَعَلَ أَجْزَأَهُ) لِأَنَّهُ اسْتِقْرَاضٌ مَعْنًى وَالْفَقِيرُ قَابِضٌ لَهُ أَوَّلًا

قوله: لِحُصُولِ المَقْصُودِ إِذِ الجِنْسُ مُتَّحِدٌ، أي من حيث الإطعام وردِّ الجوعة، لأنَّ المقصود من البُرِّ والتَّمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر، وإنَّما علَّل هنا باتحاد الجنس لأنه إذا اختلف الجنس لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر، حتى أنَّه إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة وكسا خمسة مساكين، والكسوة أرخص من الطعام، لم يجزه، لأنَّ المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام، ألا ترىٰ أنَّ الإباحة تجوز في أحدهما دون الآخر، ولو جوَّزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعًا رابعًا، والمنصوص عليه ثلاثة أنواع لا غير، ذكره في أيمان المبسوط، وأما إذا أعتق نصف رقبة وصام شهرًا أو أطعم ثلاثين مسكينًا لا يجوز، لأنَّ نصف الرقبة ليس برقبةٍ، وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن فإنَّهما لا يجتمعان فكيف يتحقق إكمال أحدهما بالآخر، فإن قيل: يشكل على قوله: إذ الجنس متحد، ما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما لا يجوز عن الكفارة مع أنَّ الجنس متحد من حيث الإعتاق، قلنا: إنَّما لا يجوز لأنَّ نصف الرقبتين ليس برقبة، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير، بخلاف الأضحية، فإن الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز، لأن الشركة لا تمنع الأضحية كما في البدنة.

قوله: وَإِنْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ مِنْ ظِهَارِهِ فَفَعَلَ أَجْزَأَهُ، لِأَنَّهُ اسْتِقْرَاضٌ مَعْنًى، وفي الكافي: وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل جاز، لأنه صار مملوكًا منه اقتضاءً وقد وجد القبض المُتَمِّم للتمليك وهو قبض الفقير، لأنه يقبض له أولاً نيابةً عن الآمر

ثُمَّ لِنَفْسِهِ فَتَحَقَّقَ تَمَلُّكُهُ ثُمَّ تَمْلِيكُهُ (فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا التَّمْلِيكُ اعْتِبَارًا

ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه منه، كما لو أمره صريحًا بالقبض فقبضه ثم أمره بأن يصرفه إلىٰ نفسه كفارةً، ولا يكون للمأمور أن يرجع على الآمر في ظاهر الرواية لأنه يحتمل القرض والهبَة فلا يرجع بالشكِّ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنه يرجع لأن الكفارة كانت دينًا عليه فاعتبرت بديون العباد، وقوله في الكتاب: لأنه استقراض معنًى، وقع على قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: **فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ**، الرواية بالواو «وَعَشَّاهُمْ» لا بأَوْ، لأنَّ أحدهما لا يجزي، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: وفي بعض نسخ الهداية: فإن غدّاهم أو عشّاهم، أراد به غداهم غدائين أو عشاهم عشائين، وفي المبسوط: المعتبر في التمكين أكلتان مشبّعتان، إمَّا الغداء والعشاء، وإمَّا الغداءان أو عشاءان لكل مسكين، فإنَّ المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء، وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمة الله تعالىٰ عليه: إذا غدّا ستين مسكينًا وعشّا آخرين لا يجوز، ذكره في المحيط.

قوله: **قَلِيلًا كَانَ مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا**، أي بعد ما شبعوا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار.

قوله: **وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا التَّمْلِيكُ**، والأصلُ أنَّ الإباحة تصحُّ في الكفارات، كفارة الظهار والإفطار واليمين وجزاء الصيد والفدية، دون الصدقات، كالزكاة وصدقة الفطر والحلق عن الأذىٰ والعشر فإنه يشترط فيه التمليك، والضابط أنَّ ما شرع بلفظ الإطعام والطعام تجوز فيه الإباحة، وما شرع بلفظ الإيتاء والأداء يشترط فيه التمليك، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يشترط التمليك في الكفارات أيضًا اعتبارًا بالكسوة، فإنه لو أعار ثيابًا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لا يجوز، والجامع أنه أحد أنواع التكفير اعتبارًا بالصدقات، وهذا لأنَّ الإطعام يُذكر للتمليك عرفًا، يقول الرجل لغيره:

بِالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الفِطْرِ، وَهٰذَا لِأَنَّ التَّمْلِيكَ أَدْفَعُ لِلْحَاجَةِ فَلَا يَنُوبُ مَنَابَهُ الإِبَاحَةُ، وَلَنَا أَنَّ المَنْصُوصَ عَلَيْهِ هُوَ الإِطْعَامُ وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمْكِينِ مِنَ الطُّعْمِ وَفِي الإِبَاحَةِ ذٰلِكَ كَمَا فِي التَّمْلِيكِ، أَمَّا الوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ الإِيتَاءُ وَفِي صَدَقَةِ الفِطْرِ الأَدَاءُ وَهُمَا لِلتَّمْلِيكِ حَقِيقَةً.

أطعمتك هذا الطعام، أي ملكتكه، والغرض دفع حاجة الفقير والتمليك أدفع لحاجته وإغناءه وذا يحصل بالتمليك دون التمكين، ولنا: أنَّ المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك في التمكين من الطعام، إذ الإطعام فعل متعد لازمه: طَعَمَ، أي أكل فالإطعام جعله آكلاً كسائر أفعال تعدَّت بالهمزة، فإذا لم يكن مطاوعه ملكًا لم يكن متعديه تمليكًا، فمن شرط التمليك فقد زاد على النصِّ، فإن قيل: الإطعام لا يخلو إمَّا أن يَكون حقيقةً للتمليك والإباحة، أو تكون حقيقةً لأحدهما مجازًا للآخر، أو يكون مجازًا لهما، وأيًّا ما كان لا تكون الإباحة مرادةً لئلا يلزم تعميم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز، إذ التمليك مرادٌ إجماعًا، قلنا: إنَّما جاز التمليك عندنا بدلالة النصِّ والعمل بدلالة النصِّ لا يمنع العمل بحقيقته، ألا ترىٰ أنَّ شتم الوالدين حرامٌ بدلالة النصِّ وأصله قائمٌ، ووجه الدلالة أنَّ الإباحة جزء من التمليك تقديرًا لأنَّ حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضائها فصار التمليك كقضائها كلِّها، والأكلُ من هذه الحوائج فتناول النصُّ جزؤها فصحَّت تعديته إلىٰ كلها لاشتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملاً بالنصِّ معنًى، بخلاف الكسوة فإنَّ النصَّ ثمة تناول التمليك لأنه جعل الثوب هناك كفارةً إذ الكسوة اسم للثوب فيوجب التكفير بعين الثوب، وإنما يكون كذلك بالتمليك دون الإعارة لأنَّها تصرُّف في المنفعة فكان النصُّ ثمَّة واقعًا على التمليك الذي هو قضاء لكل الحوائج، فلم تصحَّ تعديته إلىٰ جزئها وهو الإباحة، وبخلاف الصدقات فإنَّ الواجب ثمَّة الإيتاء والأداء وهما ينبئان عن التمليك، وأمَّا صدقة الحلق على الأذى فعند محمد رحمة الله تعالىٰ عليه يشترط فيها

(وَلَوْ كَانَ فِيمَنْ عَشَّاهُمْ صَبِيٌّ فَطِيمٌ لَا يُجْزِئُهُ) لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْفِي كَامِلًا، وَلَا بُدَّ مِنَ الإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِيفَاءُ إِلَى الشِّبَعِ، وَفِي خُبْزِ الحِنْطَةِ لَا يُشْتَرَطُ الإِدَامُ.

(وَإِنْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ) لِأَنَّ المَقْصُودَ سَدُّ خَلَّةِ المُحْتَاجِ وَالْحَاجَةُ تَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ، فَالدَّفْعُ إِلَيْهِ فِي اليَوْمِ الثَّانِي كَالدَّفْعِ إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَهٰذَا فِي الإِبَاحَةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَأَمَّا التَّمْلِيكُ مِنْ مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ بِدَفَعَاتٍ، فَقَدْ قِيلَ لَا يُجْزِئُهُ، وَقَدْ قِيلَ يُجْزِئُهُ

التمليك، لأنَّ المنصوص عليه الصدقة فينصرف إلى التمليك كصدقة الفطر، وعند أبي يوسف رحمة الله تعالىٰ عليه تجوز فيها الإباحة لأنَّها كفارة فاعتبرت بسائر الكفارات.

قوله: وَإِنْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ، وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: لا يجوز.

قوله: وَهٰذَا فِي الإِبَاحَةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَأَمَّا التَّمْلِيكُ مِنْ مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ بِدَفَعَاتٍ، فَقَدْ قِيلَ لَا يُجْزِئُهُ، وذكر في المحيط: وهو الصحيح لأنَّه بعد ما استوفى وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سَدَّ خلته بصرف وظيفةٍ أخرىٰ في هذا اليوم إليه، بخلاف كفارةٍ أخرىٰ لأنَّ المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، وبخلاف الثوب لأنَّ تجدد الحاجة إليه تختلف أحوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الأيَّام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرًا، وقد قيل: يجزيه لأنَّ الحاجة بطريق التمليك ليس لها نِهاية، فإذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما يجوز في الأيَّام،

لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى التَّمْلِيكِ تَتَجَدَّدُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِدَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ.

(وَإِنْ قَرُبَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ) لِأَنَّهُ تَعَالَىٰ مَا شَرَطَ فِي الإِطْعَامِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ، إِلَّا أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ المَسِيسِ قَبْلَهُ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَقْدِرُ عَلَى الإِعْتَاقِ أَوِ الصَّوْمِ فَيَقَعَانِ بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَالْمَنْعُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ لَا يَعْدَمُ المَشْرُوعِيَّةَ فِي نَفْسِهِ.

(وَإِذَا أَطْعَمَ عَنْ ظِهَارَيْنِ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ يُجْزِئُهُ عَنْهُمَا، وَإِنْ أَطْعَمَ ذٰلِكَ عَنْ إِفْطَارٍ وَظِهَارٍ أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا) لَهُ أَنَّ بِالْمُؤَدَّىٰ وَفَاءً بِهِمَا وَالْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ مَحِلٌّ لَهُمَا فَيَقَعُ عَنْهُمَا كَمَا لَوِ اخْتَلَفَ السَّبَبُ أَوْ فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ، وَلَهُمَا أَنَّ النِّيَّةَ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ لَغْوٌ وَفِي الجِنْسَيْنِ مُعْتَبَرَةٌ، وَإِذَا لَغَتِ النِّيَّةُ وَالْمُؤَدَّىٰ، يَصْلُحُ

بخلاف ما إذا دفعَ بدفعةٍ واحدةٍ لأنَّ الواجب عليه تفريق الفعل بالنصِّ، فإذا جمع لا يجزيه إلَّا عن واحدٍ، كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعةً واحدةً، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ النِّيَّةَ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ لَغْوٌ، لأنَّها شُرعت للتمييز بين الأجناس المختلفة إذ في الجنس الواحد لا يختلف الفرض فلا يحتاج إلى التمييز، والتصرف إذا أخطأ محله يلغو، وإذا لغت نيته عددًا لاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار، والمؤدَّى صلح كفارةً واحدةً لأنَّ نصف الصاع لبيان أدنى المقادير فيمنع النقصان

كَفَّارَةً وَاحِدَةً، لِأَنَّ نِصْفَ الصَّاعِ أَدْنَى المَقَادِيرِ فَيَمْنَعُ النُّقْصَانَ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ عَنْهُمَا، كَمَا إِذَا نَوَىٰ أَصْلَ الكَفَّارَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ لِأَنَّهُ فِي الدَّفْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حُكْمِ مِسْكِينٍ آخَرَ.

(وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ لَا يَنْوِي عَنْ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا جَازَ عَنْهُمَا، وَكَذَا إِذَا صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا جَازَ) لِأَنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ نِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ (وَإِنْ أَعْتَقَ عَنْهُمَا رَقَبَةً وَاحِدَةً أَوْ صَامَ شَهْرَيْنِ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذٰلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ، وَإِنْ أَعْتَقَ عَنْ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ لَمْ يَجُزْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُجْزِيه عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الفَصْلَيْنِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذٰلِكَ عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الفَصْلَيْنِ لِأَنَّ الكَفَّارَاتِ كُلَّهَا بِاعْتِبَارِ اتِّحَادِ المَقْصُودِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَنْ كُلِّ ظِهَارٍ نِصْفَ العَبْدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ عَنْ أَحَدِهِمَا بَعْدَمَا أَعْتَقَ

دون الزيادة فيقع عنها، كما إذا نوى أصل الكفارة، بخلاف ما إذا كانتا جنسين لأنَّ نية التعيين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما، وبخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في المرة الثانية كمسكين آخر، فأمَّا إذا لم يفرق فقد زاد في الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزيه إلَّا بقدر المحل، كما لو أعطىٰ ثلاثين مسكينًا في كفارة واحدة كل مسكين صاعًا، وبيان ذلك أنَّ الواجب عليه في كل كفارة إطعام ستين مسكينًا، فمحل إطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينًا وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب لأنَّ الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد أدَّىٰ صاعًا.

عَنْهُمَا لِخُرُوجِ الأَمْرِ مِنْ يَدِهِ، وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الجِنْسِ المُتَّحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَتَلْغُو، وَفِي الجِنْسِ المُخْتَلِفِ مُفِيدَةٌ، وَاخْتِلَافُ الجِنْسِ فِي الحُكْمِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ، نَظِيرُ الأَوَّلِ إِذَا صَامَ يَوْمًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ يُجْزِيه عَنْ قَضَاءِ

قوله: وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الجِنْسِ المُتَّحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَتَلْغُو، أراد به تعميم الجنس بالنية، ألا ترىٰ أنه إذا عيَّن ظهار إحداهما للتكفير صحَّ ويبطل ظهارها حتى جاز له قربانها، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَفِي الجِنْسِ المُخْتَلِفِ، كما إذا عتقت عن كفارتي ظهار، وقيل لا يجوز بعينه عن أحدهما بعد ذلك.

قوله: نَظِيرُ الأَوَّلِ إِذَا صَامَ يَوْمًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ، فإن قيل: إذا نوى ظهرين من يومين فإنه لا يجوز عن واحد وإن اتَّحد الجنس، قلنا: إنَّما احتيج إلى نية التعيين لكل يوم لأنَّ وقت الظهر من اليوم الثاني غير الأوَّل حقيقةً وحكمًا، أما حقيقةً فظاهر، وكذا حكمًا لأنَّ الخطاب ما علق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الأوَّل، وفي رمضان علق بالشهر وهو واحد فلا جرم يحتاج إلى تعيين يوم السبت أو الأحد حتى قالوا في قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين، ولو نوىٰ ظهرًا وعصرًا أو ظهرًا وصلاة جنازة لم يكن شارعًا في واحد منهما للتنافي وعدم الرجحان، ولو نوىٰ ظهرًا ونفلاً لم يصر شارعًا أصلاً عند محمد رحمه الله تعالى لأنَّهما يتنافيان، وعند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقع عن الظهر لأنَّه أقوىٰ، ولو نوىٰ صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحجِّ المنذور والتطوع يكون تطوعًا عند محمد رحمه الله تعالى

يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَنَظِيرُ الثَّانِي إِذَا كَانَ عَلَيْهِ صَوْمُ القَضَاءِ وَالنَّذْرِ فَإِنَّهُ لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ التَّمْيِيزِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

في الكل، لأنَّ النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلاً، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يقع عنه الأقوىٰ لأنه لمَّا تعارضت النيتان وجب الترجيح بالأقوىٰ وهو الفرض أو الواجب، ولو نوىٰ حجَّ الإسلام والتطوع فهو حجُّ الإسلام اتفاقًا، أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ فظاهرٌ، وأمَّا عند محمد رحمه الله تعالى فلأنَّ النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية وبإطلاق النية يتأدَّى فرض الحجِّ، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ اللِّعَانِ

قَالَ: (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا أَوْ نَفَىٰ نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتْهُ بِمُوجِبِ القَذْفِ فَعَلَيْهِ

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنةً ولعانًا، وأصل اللعن الطرد، وفي الشرع عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الأربع، واللعن الغضب، سُمِّي الكل لعانًا لِمَا شُرِع فيها من اللعن، كالصلاة يسمى ركوعًا وسجودًا لذلك، وركنه الشهادات الصادرة منهما، وشرطه قيام الزوجية، وسببه قذف الرجل امرأته قذفًا يوجب الحدَّ في الأجنبيِّ، وأهله من كان أهلاً للشهادة عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى من كان أهلاً لليمين، وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعان، ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللعن عندنا، حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقًا بائنًا يقع، وكذا لو كذب الرجل نفسه حلَّ له الوطء من غير تجديد النكاح، بمنزلة ما لو أسلم أحد الزوجين يحرم الوطء ولا تقع الفرقة قبل التفريق.

قوله: إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، ذكر في الأسرار: والأهل من هو أهل لأداء سائر الشهادات، فإن قيل: يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الأعميين أو الفاسقين، قلنا: هما من أهل الشهادة، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز.

قوله: وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا، شرط ذلك في جانبها لأنَّها وإن كانت من أهل الشهادة فربما كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت زنت وحدَّت، وقيل: إذا كان معها ولد

اللِّعَانُ) وَالْأَصْلُ أَنَّ اللِّعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالْأَيْمَانِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فِي حَقِّهِ وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] وَالِاسْتِثْنَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الجِنْسِ، وَقَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] نَصٌّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالْيَمِينِ فَقُلْنَا الرُّكْنُ هُوَ الشَّهَادَةُ الْمُؤَكَّدَةُ بِالْيَمِينِ، ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعْنِ لَوْ كَانَ كَاذِبًا وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَفِي جَانِبِهَا بِالْغَضَبِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا، إِذَا ثَبَتَ هٰذَا نَقُولُ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الرُّكْنَ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ هِيَ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا

ليس له أب معروف لا يجب اللعان وإن كانت من أهل الشهادة.

قوله: وَالِاسْتِثْنَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الجِنْسِ، استثنى أنفسهم من الشهداء، فثبت أن الزوج شاهد لأنَّ الأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، وعند الشافعي رحمه الله تعالى أيمانٌ مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] فقوله بالله محكم في اليمين، والشهادة تحتمل اليمين فإنه لو قال: أشهد، كان يمينًا فحملنا المحتمل على المحكم.

قوله: ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعْنِ لَوْ كَانَ كَاذِبًا وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ، يعني إنَّما قرن باللعن لقيامه مقام حد القذف في حقه في زعم المرأة، إذ كل واحد من الحد والاستشهاد بالله كاذبًا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك، وكذلك في حقِّ المرأة بمنزلة حدِّ الزنا في زعم الرجل لأنه مهلك في حقها لأنَّها كاذبة في زعم الرجل في شهادتِها.

لِأَنَّـهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِحْصَانِهَا، وَيَجِبُ بِنَفْيِ الْوَلَدِ لِأَنَّـهُ لَمَّا نَفَىٰ وَلَدَهَا صَارَ قَاذِفًا لَهَا ظَاهِرًا وَلَا يُعْتَبَـرُ احْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ بِالْوَطْءِ مِنْ شُبْهَةٍ، كَمَا إِذَا نَفَىٰ أَجْنَبِيٌّ نَسَبَهُ عَنْ أَبِيهِ

قوله: لِأَنَّـهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ، حتَّىٰ لو قذف امرأته مرارًا فعليه لعان واحد كالحد في حقِّ الأجنبيات، فإن قيل: يشكل على هذا ما لو قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو كلام متفرق فعليه أن يلاعن كلَّ واحدة منهنَّ على حدة، وأمَّا لو قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حدُّ القذف لهنَّ مرَّةً، فلو كان اللعان قائمًا مقام حد القذف في حقه لوجب عليه اللعان مرَّةً، قلنا: إنما كان هكذا لأنَّ المقصود هناك يحصل بإقامة حدٍّ واحد وهو دفع عار الزنا عنهنَّ، وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحدٍ لأنه يتعذر الجمع بينهنَّ في كلمات اللعان فقد يكون صادقًا في حق بعضهنَّ دون البعض، والمقصود التفريق بينه وبينهنَّ ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة، حتى لو كان محدودًا في قذف كان عليه حد واحد لهنَّ لأنَّ موجب قذفه لهنَّ الحد ههنا، والمقصود يحصل بحدٍّ واحدٍ كما في الأجنبيات، كذا في المبسوط، وإنَّما خصَّ الغضب في جانبها دون اللعن في المرَّة الخامسة لأنَّهنَّ يستعملن اللعن كثيرًا على ما ورد به الحديث: «إنهنَّ يكثرن اللعن ويكفرن العشير» فسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن تجرين على الأقدام لكثرة جري اللعن على ألسنتهنَّ وسقوط وقعته عن قلوبهنَّ فأقيم الغضب مقام اللعن في حقهنَّ ليكون رادعًا لهنَّ عن الأقدام.

قوله: وَلَا يُعْتَبَـرُ احْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ بِالْوَطْءِ، جوابُ سُؤالٍ يريد به لا يقال جاز أن لا يكون ابنه ولا تكون زانيةً بأن وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقةً والنافي صادق في نفيه لأنَّ هذه الشبهة غير معتبرة لانعقاد الإجماع علىٰ أنَّه لو نفاه أجنبي عن الأب المشهور يصير قاذفًا مع وجود هذا الاحتمال، وهذا لأنَّ الأصل في النسب

المَعْرُوفِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الأَصْلَ فِي النَّسَبِ الفِرَاشُ الصَّحِيحُ وَالْفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِهِ، فَنَفْيُهُ عَنِ الفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذْفٌ حَتَّىٰ يَظْهَرَ المُلْحَقُ بِهِ وَيُشْتَرَطُ طَلَبُهَا لِأَنَّهُ حَقُّهَا فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا كَسَائِرِ الحُقُوقِ.

(فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُ حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّىٰ يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَىٰ إِيفَائِهِ فَيُحْبَسُ بِهِ حَتَّىٰ يَأْتِيَ بِمَا هُوَ عَلَيْهِ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ لِيَرْتَفِعَ السَّبَبُ (وَلَوْ لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللِّعَانُ) لِمَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ إِلَّا أَنَّهُ يُبْتَدَأُ بِالزَّوْجِ لِأَنَّهُ هُوَ المُدَّعِي (فَإِنِ امْتَنَعَتْ حَبَسَهَا الحَاكِمُ حَتَّىٰ تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا وَهِيَ قَادِرَةٌ عَلَىٰ إِيفَائِهِ فَتُحْبَسُ فِيهِ.

(وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَقَذَفَ امْرَأَتَهُ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللِّعَانُ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهِ فَيُصَارُ إِلَى المُوجِبِ

الفراش الصحيح والفاسد ملحق به، والملحق به عارض والأصل عدمه فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبيَّن به الملحق به.

قوله: لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، لأنه إخبارٌ يجري مجرى الأمر، ولأنَّ المصدر المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾.

قوله: وَهُوَ قَادِرٌ عَلَىٰ إِيفَائِهِ، وهذا قيد لأنَّه لا يحبس في إيفاء الحقِّ المستحق إذا لم يقدر على الإيفاء كما في المفلس.

قوله: وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا، بأن أسلمت امرأته فقذفها قبل أن

الأَصْلِيِّ وَهُوَ الثَّابِتُ بِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَاللِّعَانُ خَلَفٌ عَنْهُ (وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ أَوْ مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ أَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا) بِأَنْ كَانَتْ صَبِيَّةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ زَانِيَةً (فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانَ) لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَعَدَمِ الإِحْصَانِ فِي جَانِبِهَا وَامْتِنَاعِ اللِّعَانِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهَا فَيَسْقُطُ الحَدُّ كَمَا إِذَا صَدَّقَتْهُ، وَالْأَصْلُ فِي ذَٰلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَرْبَعَةٌ لَا لِعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمْ: اليَهُودِيَّةُ وَالنَّصْرَانِيَّة تَحْتَ المُسْلِمِ، وَالْمَمْلُوكَةُ تَحْتَ الحُرِّ، وَالْحُرَّةُ تَحْتَ المَمْلُوكِ» وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ لِأَنَّ امْتِنَاعَ اللِّعَانِ بِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهِ إِذْ هُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

يعرض عليه الإسلام.

قوله: وَامْتِنَاعِ اللِّعَانِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهَا فَيَسْقُطُ الحَدُّ، جوابُ سُؤال بأن يقال: ينبغي أن يجب حدّ القذف عليه لأنَّ اللعان خلف عنه فإذا امتنع اللعان يصار إلى الموجب الأصلي، قلنا: امتناع اللعان بمعنى من جهتها وأهلية اللعان موجودة في حقِّه إذ هو من جملة من شرع اللعان في حقه فلا يجب عليه الحدُّ.

قوله: وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ، لأنَّ قذفه باعتبار حاله غير موجب اللعان فيكون موجبًا للحدِّ، ولا يجوز أن يقال: امتناع جريان اللعان لكونها محدودة، لأنَّ أصل القذف من الرجل، فإنَّما يظهر حكم المانع في حقها بعد قيام الأهلية في جانبه، فأمَّا بدون الأهلية في جانبه فلا يعتبَر بجانبها.

(وَصِفَةُ اللِّعَانِ أَنْ يَبْتَدِئَ القَاضِي بِالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَيَقُولُ فِي الخَامِسَةِ لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، يُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ ثُمَّ تَشْهَدُ المَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَتَقُولُ فِي الخَامِسَةِ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا تَلَوْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْتِي بِلَفْظَةِ المُوَاجَهَةِ يَقُولُ فِيمَا رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنَا لِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلِاحْتِمَالِ، وَجْهُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ لَفْظَةَ المُغَايَبَةِ إِذَا انْضَمَّتْ إِلَيْهَا الإِشَارَةُ انْقَطَعَ الِاحْتِمَالُ.

قَالَ: (وَإِذَا التَعَنَا لَا تَقَعُ الفُرْقَةُ حَتَّىٰ يُفَرِّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ بِتَلَاعُنِهِمَا لِأَنَّهُ تَثْبُتُ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ بِالْحَدِيثِ، وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ يُفَوِّتُ الإِمْسَاكَ بِالْمَعْرُوفِ فَيَلْزَمُهُ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ دَفْعًا لِلظُّلْمِ، دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ ذٰلِكَ المُلَاعِنِ عِنْدَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ، إِنْ

قوله: دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ ذٰلِكَ المُلَاعِنِ، عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لمَّا لاعن بين عُوَيْمِر وبين امرأته قال عُويمِر: كذَبْتُ عليها يا رسول الله، إن أمسكتها هي طالقٌ ثلاثًا.

قوله: كَذَبْتُ عَلَيْهَا، جزاءٌ مقدم على الشرط، وهو قوله: إِنْ أَمْسَكْتُهَا، وقوله:

أَمْسَكْتُهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، قَالَهُ بَعْدَ اللِّعَانِ.

(وَتَكُونُ الفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ -رَحِمَهُمَا اللهُ- لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي انْتَسَبَ إِلَيْهِ كَمَا فِي العِنِّينِ وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ) عِنْدَهُمَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» نَصَّ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَلَهُمَا أَنَّ

فَهِيَ طَالِقٌ، كلام مستأنف، قَالَهُ بَعْدَ اللِّعَانِ، يريد به أنَّه أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولو لم يكن النكاح قائمًا بعد اللعان لَأَنْكَر على اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولَمَا حلَّ له أن لا يرد عليه، فإن قيل: قد أنكر فإنه رُوِيَ أنه قال صلى الله عليه وسلم: لا سبيل لك عليها، قلنا: هذا يدل على الردِّ فإنَّ عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح لأجل حرمة الاستمتاع، كما إذا أسلم أحد الزوجين فالنكاح قائم ولا سبيل له عليها، ورُوِيَ أنَّ ذلك الملاعن كان يطالبها بما ساق إليها من المهر فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: «اذهب فلا سبيل لك عليها»، ويدلُّ على قيام النكاح أيضًا بعد اللعان أنَّه عليه الصلاة والسلام لاعن بين هلال وامرأته، فلمَّا فرغا فرق بينهما، يدلُّ على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان، إذ التفريق بعد قيام الوصلة، فإن قيل: أريد به أظهر الفرقةَ بينهما، قلنا: حقيقته لإحداث الفرقة لا لإظهارها.

قوله: وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ، هذه مسئلةٌ مبتدأةٌ، أي هذا الرجل إذا أكذب نفسه في القذف صار خاطبًا، من الخطبة، أي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو تحريم مؤبَّد لقوله عليه الصلاة والسلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا» نصَّ على التأبيد فمجوز النكاح مخالف للنصِّ، ولهما: أنَّ اللعان شهادة والإكذاب رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها فلم يبق متلاعنًا،

الإِكْذَابَ رُجُوعٌ وَالشَّهَادَةُ بَعْدَ الرُّجُوعِ لَا حُكْمَ لَهَا، لَا يَجْتَمِعَانِ مَا دَامَا مُتَلَاعِنَيْنِ، وَلَمْ يَبْقَ التَّلَاعُنُ وَلَا حُكْمُهُ بَعْدَ الإِكْذَابِ فَيَجْتَمِعَانِ.

(وَلَوْ كَانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ) وَصُورَةُ اللِّعَانِ أَنْ يَأْمُرَ الحَاكِمُ الرَّجُلَ فَيَقُولُ: أَشْهَدُ بِاللهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُكِ بِهِ مِنْ نَفْيِ الوَلَدِ، وَكَذَا فِي جَانِبِ المَرْأَةِ (وَلَوْ قَذَفَهَا بِالزِّنَا وَنَفَى الوَلَدَ ذَكَرَ فِي اللِّعَانِ الأَمْرَيْنِ ثُمَّ يَنْفِي القَاضِي نَسَبَ الوَلَدِ وَيُلْحِقُهُ بِأُمِّهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَفَىٰ وَلَدَ امْرَأَةِ هِلَالِ بْنِ أُمَيَّةَ عَنْ هِلَالٍ وَأَلْحَقَهُ بِهَا» وَلِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ هٰذَا اللِّعَانِ نَفْيُ الوَلَدِ فَيُوَفَّرُ عَلَيْهِ مَقْصُودَهُ، فَيَتَضَمَّنُهُ القَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَاضِي

والداخل تحت النصِّ المتلاعن ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، كما إذا حلف لا يكلِّم هذا الكافر أبدًا أي ما دام كافرًا، ألا ترىٰ أنَّ المنافق إذا أسلم تحلُّ الصلاة عليه وإن نزل في المنافقين: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا﴾ [التوبة: ٨٤]، فإن قيل: بعد الإكذاب يسمَّىٰ متلاعنًا فبقى داخلاً تحت النصِّ، قلنا: بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقةً لأنَّ ذا حال تشاغلهما باللِّعان كالمقابلين، وكذا مجازًا لأنه إنَّما سُمِّي متلاعنًا ما بقى اللعان بينهما حكمًا ولم يبق ذلك، لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بإلتزام الحدِّ، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان، وإلَّا صار جمعًا بين الأصل والخلف وبين الحدَّين.

قوله: فَيَتَضَمَّنُهُ القَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ، أي القضاءُ بالتفريق يتضمن نفي الولد.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ القَاضِي يُفَرِّقُ وَيَقُولُ: قَدْ أَلْزَمْتُهُ

يُفَرِّقُ وَيَقُولُ: قَدْ أَلْزَمْتُهُ أُمَّهُ وَأَخْرَجْتُهُ مِنْ نَسَبِ الأَبِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِهِ (فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ حَدَّهُ القَاضِي) لِإِقْرَارِهِ بِوُجُوبِ الحَدِّ عَلَيْهِ (وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) وَهٰذَا عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَمَّا حُدَّ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلِّعَانِ فَارْتَفَعَ حُكْمُهُ المَنُوطُ بِهِ وَهُوَ التَّحْرِيمُ.

(وَكَذٰلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ بِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ) لِانْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ اللِّعَانِ مِنْ جَانِبِهَا (وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا لَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا، فَكَذَا لَا يُلَاعِنُ الزَّوْجُ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا) لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ.

أُمَّهُ وَأَخْرَجْتُهُ مِنْ نَسَبِ الأَبِ، حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه، وهذا صحيح لأنه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب، كما بعد موت الولد.

قوله: لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهُ، أي عن القضاء بالتفريق، ألا ترىٰ أنه إذا نفى ولد أمِّ الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق، ولو قال لامرأة: يا زانية، ولها منه ولدٌ يثبت اللعان ولا يلزم نفي الولد.

قوله: وَكَذٰلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ بِهِ - أي له أن يتزوجها - لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: إذا حدَّ لم يبق أهلاً للعان.

قوله: وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ، أي كان له أن يتزوَّجها، هذا إذا تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لأنَّ حدَّها الجلد حينئذٍ لأنَّها ليست بمحصنة قبل الدخول، ولا يمكن تصوير التزوج إذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لأنَّ حدَّها الرجم.

(وَقَذْفُ الأَخْرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعَانُ) لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالصَّرِيحِ كَحَدِّ القَذْفِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنِ الشُّبْهَةِ وَالْحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِهَا (وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَيْسَ حَمْلُكِ مِنِّي فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا) وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ بِقِيَامِ الحَمْلِ فَلَمْ يَصِرْ قَاذِفًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: اللِّعَانُ يَجِبُ بِنَفْيِ الحَمْلِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَهُوَ مَعْنَىٰ مَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ، لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الحَمْلِ عِنْدَهُ فَيَتَحَقَّقُ القَذْفُ، قُلْنَا: إِذَا لَمْ يَكُنْ قَذْفًا فِي الحَالِ يَصِيرُ كَالْمُعَلَّقِ بِالشَّرْطِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ بِك حَمْلٌ

قوله: وَقَذْفُ الأَخْرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعَانُ، وفيه خلاف الشافعي، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يجب الحد واللعان لأنَّ إشارة الأخرس كعبارة الناطق، ولكنَّا نقول: لا بُدَّ من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفًا موجبًا للحدِّ، ولا يتأتى التصريح بإشارة الأخرس فإنَّ إشارته دون عبارة الناطق بالكناية، ولأنَّه لا بُدَّ من لفظ الشهادة في اللعان حتى أنَّ الناطق لو قال أحلف مكان قوله أشهد لا يكون صحيحًا، وكذلك إن كانت هي خرساء، ولأنَّ قذف الخرساء لا يوجب الحدَّ على الأجنبيِّ لجواز أن تصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على إظهار هذا التصديق بإشارتها، وإقامة الحدِّ مع الشبهة لا يجوز، كذا في المبسوط.

قوله: لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الحَمْلِ عِنْدَهُ، أي عند القذف، فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواءً، فيتحقق القذف في الصورتين ولذا يثبت حكم الإرث والوصية إذا ولدت لأقلَّ من ستة أشهرٍ.

قوله: كَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ بِك حَمْلٌ فَلَيْسَ مِنِّي، ولو قال هذا لا يكون قذفًا لأنه لا

فَلَيْسَ مِنِّي، وَالْقَذْفُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِالشَّرْطِ (وَإِنْ قَالَ لَهَا زَنَيْتِ وَهٰذَا الحَمْلُ مِنَ الزِّنَا تَلَاعَنَا) لِوُجُودِ القَذْفِ حَيْثُ ذَكَرَ الزِّنَا صَرِيحًا (وَلَمْ يَنْفِ القَاضِي الحَمْلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَنْفِيه لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَفَى الوَلَدَ عَنْ هِلَالٍ وَقَدْ قَذَفَهَا حَامِلًا، وَلَنَا أَنَّ الأَحْكَامَ لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الوِلَادَةِ لِتَمَكُّنِ الِاحْتِمَالِ قَبْلَهُ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الحَبَلِ بِطَرِيقِ الوَحْيِ.

(وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَتِهِ عَقِيبَ الوِلَادَةِ أَوْ فِي الحَالَةِ الَّتِي تَقْبَلُ التَّهْنِئَةَ وَتُبْتَاعُ آلَةُ الوِلَادَةِ صَحَّ نَفْيُهُ وَلَاعَنَ بِهِ وَإِنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذٰلِكَ لَاعَنَ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ هٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ) لِأَنَّ النَّفْيَ يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ وَلَا يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ فَفَصَلْنَا بَيْنَهُمَا بِمُدَّةِ النِّفَاسِ لِأَنَّهُ أَثَرُ الوِلَادَةِ، وَلَهُ أَنَّهُ لَا

يحتمل التعليق بالشرط لأنَّها متىٰ لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصير زانية بوجوده، لأنَّ المعلق بالشرط لا يكون قاذفًا في الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقةً عنده، ولا يقال: هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني أنه موجودٌ عند النفي أم معدوم، فإذا عرف وجوده تبيَّن أنه قذف مطلق، لأنَّ فيه شبهة التعليق لأنَّ كل موقوف فيه شبهة التعليق إذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته، وهو كالشرط في حقّنا وشبهة التعليق كحقيقة التعليق في الحدود، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ تلاعن قبل الوضع لأنه قذفها حقيقةً بنفي الولد، قلنا: نفي الولد لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله ريحٌ أو انتفاخٌ.

مَعْنًى لِلتَّقْدِيرِ لِأَنَّ الزَّمَانَ لِلتَّأَمُّلِ وَأَحْوَالُ النَّاسِ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ فَاعْتَبَرْنَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهْنِئَةَ أَوْ سُكُوتُهُ عِنْدَ التَّهْنِئَةِ أَوِ ابْتِيَاعُهُ مَتَاعَ الوِلَادَةِ أَوْ مُضِيُّ ذٰلِكَ الوَقْتِ فَهُوَ مُمْتَنِعٌ عَنِ النَّفْيِ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْوِلَادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ المُدَّةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَلَى الأَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَنَفَى الأَوَّلَ وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا) لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ خُلِقَا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ (وَحُدَّ الزَّوْجُ) لِأَنَّهُ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بِدَعْوَى الثَّانِي، (وَإِنِ اعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَاعَنَ) لِأَنَّهُ قَادِرٌ بِنَفْيِ الثَّانِي وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ، وَالْإِقْرَارُ بِالْعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذْفِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ

قوله: ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ المُدَّةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَلَى الأَصْلَيْنِ، وفي الإيضاح: وعلىٰ هذا الأصل قالوا في الغائب عن امرأته: إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتّىٰ قدم أنَّ له النفي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مقدار ما تقبل فيه التهنئة، وقالا في مقدار مدَّة النفاس بعد القدوم لأنَّ النسب لا يلزم إلَّا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة.

قوله: وَالْإِقْرَارُ بِالْعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذْفِ، هذا جوابُ سُؤال مقدَّر وهو أن يقال: ينبغي أن يجب عليه الحدُّ لأنه أكْذَبَ نفسه بعد القذف، لأنَّ الإقرار الأول بثبوت النسب باقٍ بعد نفي الثاني فيعتبَر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفي يثبت الإكذاب ويجب الحدُّ فكذا هنا، فأجابَ عنه أنَّ الإقرار بالعفة سابقٌ على القذف حقيقةً، وأمَّا من حيث الحكم فلاحقٌ، ثم إن كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة، فلا يجب الحد إمَّا للشكِّ في وجوب الحد، وإمَّا

إِنَّهَا عَفِيفَةٌ ثُمَّ قَالَ هِيَ زَانِيَةٌ، وَفِي ذٰلِكَ التَّلَاعُنُ كَذَا هٰذَا.

* * *

للسعي في درء الحدِّ عند الشبهة، وإمَّا لترجيح جانب الحقيقة على الحكم لأنَّ الحقيقة حقيقٌ بالعمل بِها، والله تعالى أعْلَمُ بالصواب.

* * *

بَابُ العِنِّينِ وَغَيْرِهِ

(وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عِنِّينًا أَجَّلَهُ الحَاكِمُ سَنَةً، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَتِ المَرْأَةُ ذٰلِكَ) هٰكَذَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ

باب العنين وغيره

هو الذي لا يقدر على إتيان النساء، من عَنَّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل، أو من عَنَّ إذا عرض لأنه يعن يمينًا وشمالاً ولا يقصده، وقيل سُمِّي العنين عنينًا لأن ذكره يسترخىٰ فيعن يمينًا وشمالاً ولا يقصد للمأتى من المرأة، فالعنين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار، أو إلى بعض النساء دون البعض، وإنَّما يكون ذلك لمرضٍ به، أو لضعفٍ في خلقته، أو لكبَر سنِّه، أو سحر، فهو عنين في حقِّ من لا يصل إليها لفوات المقصود، فيؤجله الحاكم سنةً لأنَّ حقها مستحق بعقد النكاح وطئًا في الجملة لا في كل زمان، والعدم في الحال لا يدلُّ على العدم في الثاني من الزمان لأنَّ ذا قد يكون لمرضٍ وذا لا يوجب الخيار، وقد يكون خلقةً، وإنما يتبيَّن ذلك بالتأجيل سنةً لأنَّ المرض غالبًا قد يكون لغلبة البُرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة، فعسىٰ يوافق فصل منها طبعه فيزول ما به من المرض باعتدال الطبع، فمتىٰ مضت السنة ولم يزل فالظاهر أنه خلقةً وأنَّ حقها المستحق فاتَ فيفرق بطلبها لأنه حقها.

وذكر الإمام قاضي خان: فإذا وجدت زوجها عنينًا ولم تخاصم زمانًا لم يبطل، وكذا لو رفعته الأمر إلى القاضي وأجله القاضي سنةً فلم تخاصم زمانًا بعد مضي الأجل لأنَّها لا

وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَلِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ لَهَا فِي الوَطْءِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الِامْتِنَاعُ لِعِلَّةٍ مُعْتَرَضَةٍ، وَيَحْتَمِلُ لِآفَةٍ أَصْلِيَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ مَعْرِفَةِ ذٰلِكَ، وَقَدَّرْنَاهَا بِالسَّنَةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ، فَإِذَا مَضَتِ المُدَّةُ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا تَبَيَّنَ أَنَّ العَجْزَ بِآفَةٍ أَصْلِيَّةٍ فَفَاتَ الإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا لِأَنَّ التَّفْرِيقَ حَقُّهَا (وَتِلْكَ الفُرْقَةُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي أُضِيفَ إِلَى الزَّوْجِ فَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفْسِهِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ فَسْخٌ لٰكِنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ عِنْدَنَا، وَإِنَّمَا تَقَعُ بَائِنَةً لِأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الظُّلْمِ عَنْهَا لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهَا لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَائِنَةً تَعُودُ مُعَلَّقَةً بِالْمُرَاجَعَةِ.

تقدر على الخصومة في كل وقت، ولأنَّ ذا قيد يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء، ولو وطئها مرَّةً ثم عجز لا خيارَ لها، وكذلك لو لم يكن له ماء ويجامع ولا ينزل لا يكون لها حقُّ الخصومة، ولو فرَّق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوَّجها فعجز لا خيار لها لأنَّها رضيت، بخلاف ما لو تزوَّجت به أخرىٰ وهي عالمة بحاله لا يكون رِضًا منها، وفي الأصل: يكون رِضًا لأنَّها رضيت بالمقام معه، وإن علمت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه لأنَّ الحق لا يبطل بالتأخير ما لم تقل: رضيتُ بالمقام معه، وفي أدب القاضي: سأل الزوج القاضي أن يؤجله سنةً أخرىٰ أو شهرًا أو أكثر فإنَّه لا ينبغي له أن يفعل ذلك إلا برضاء المرأة، فإن رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الأجل ويخيَّر، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

(وَلَهَا كَمَالُ مَهْرِهَا إنْ كَانَ خَلَا بِهَا) فَإِنَّ خَلْوَةَ العِنِّينِ صَحِيحَةٌ (وَيَجِبُ العِدَّةُ) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، هٰذَا إذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إلَيْهَا (وَلَوِ اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ فِي الوُصُولِ إلَيْهَا فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ثُمَّ يَمِينُهُ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ حَقِّ الفُرْقَةِ وَالْأَصْلُ هُوَ السَّلَامَةُ فِي الجِبِلَّةِ (ثُمَّ إنْ حَلَفَ بَطَلَ حَقُّهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا نَظَرَ إلَيْهَا النِّسَاءُ، فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بِكْرٌ أُجِّلَ سَنَةً) لِظُهُورِ كَذِبِهِ (وَإِنْ قُلْنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَحْلِفُ الزَّوْجُ، فَإِنْ حَلَفَ لَا حَقَّ لَهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فِي الحَالِ إنْ طَلَبَتْ) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي التَّأْجِيلِ (وَالْخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ العِنِّينُ) لِأَنَّ وَطْأَهُ مَرْجُوٌّ (وَإِذَا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَةً وَقَالَ قَدْ جَامَعْتُهَا وَأَنْكَرَتْ نَظَرَ إلَيْهَا النِّسَاءُ، فَإِنْ قُلْنَ: هِيَ بِكْرٌ خُيِّرَتْ)

قوله: فَإِنَّ خَلْوَةَ العِنِّينِ صَحِيحَةٌ، إذ لا وقوف علىٰ حقيقة العنَّة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيارًا فدار الحكم على سلامة الآلة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، أي في باب المهر حيث قال: وعليها العدَّةُ في جميع هذه المسائل احتياطًا.

قوله: فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، والقياس أن يكون القول قولها لأنَّها تنكر الوصول إلَّا أنَّ الزوج منكر في معنى ثبوت حقِّ الفرقة بالتأجيل والعبرة للمعنى لا للصورة، كالمودع إذا ادَّعىٰ ردَّ الوديعة فالقول قوله لأنه منكر معنًى وإن كان مدعيًا صورةً، فكذا هنا.

قوله: فَإِنْ قُلْنَ: هِيَ بِكْرٌ خُيِّرَتْ، فالحاصل أنَّ الإراءة للنساء مرَّتين، مرَّةً قبل

لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ وَهِيَ البَكَارَةُ (وَإِنْ قُلْنَ: هِيَ ثَيِّبٌ حَلَفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ خُيِّرَتْ) لِتَأَيُّدِهَا بِالنُّكُولِ (وَإِنْ حَلَفَ لَا تُخَيَّرُ، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فِي الأَصْلِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ (فَإِنِ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذٰلِكَ خِيَارٌ) لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِبُطْلَانِ حَقِّهَا

الأجل للتأجيل ومرَّةً بعد الأجل للتخيير، ثم كيف يعرف أنَّها بكرٌ أم ثيب؟ قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فإن دخل بلا عنفٍ فثيب وإلا فبكر، وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيِّب، وقيل: يكسر البيض فيصبُّ في فرجها، فإن دخلت فثيِّب وإلا فبكرٌ.

قوله: لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ وَهِيَ البَكَارَةُ، إذ البكارة أصلٌ فيهنَّ فيثبت بقولهنَّ، وإن قلن: هي ثيب تثبت الثيابة أيضًا ولكن مع ذلك يحلف الرجل لأنه ليس من ضرورة الثيابة الوصول إليها، لاحتمال زوال البكارة بشيء آخر فلم يثبت بشهادتِهنَّ الوصول فلهذا يحلف الزوج، بخلاف البكارة فإنَّ بشهادتِهنَّ تثبت البكارة ومن ضرورتِها عدم الوصول فلذا خيرت ولم تحتج إلى شيءٍ آخر، وإنما خيِّرت لأنَّها قصدت بالنكاح أن تستعف ولا تحصل لها العفة بِهذا الزوج وبغيره مع قيام هذا النكاح، فلو لم يخيِّر كان تعريضًا لها على الزنا، وذكر في المبسوط: وإذا خيَّرها القاضي فاختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعْوان القاضي أو أقام القاضي قبل أن تختار شيئًا بطلَ خيارها، لأنَّ هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقَّت بالمجلس فهذا مثله، والتفريق كان لحقِّها فإذا رضيت بالإسقاط صريحًا أو دلالةً بتأخير الاختيار إلىٰ أن قامت أو أقيمت سقط حقُّها فلا تطالب بعد ذلك بشيءٍ، فإن اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج بأن يطلقها، وإن أبىٰ فرَّق القاضي بينهما.

وَفِي التَّأْجِيلِ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ وَيُحْتَسَبُ بِأَيَّامِ الحَيْضِ وَبِشَهْرِ رَمَضَانَ لِوُجُودِ ذٰلِكَ فِي السَّنَةِ وَلَا يُحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا لِأَنَّ السَّنَةَ قَدْ تَخْلُو عَنْهُ.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالْعُيُوبِ

قوله: وَفِي التَّأْجِيلِ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ، واختيار شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه في المبسوط واختيار الإمام قاضي خان والإمام ظهير الدين رحمهما الله تعالى في التأجيل أنه يقدَّر بسنةٍ شمسيةٍ أخذًا بالاحتياط، فرُبَّما يكون موافقة الفلاح في الأيام التي يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية، وفي شرح الطحاوي رحمه الله تعالى: التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية، والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعن شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالى الشمسية ثلاث مائة وخسمة وستون يومًا ورُبع يومٍ وجزء من مائة وعشرين جزءًا من اليوم، والقمرية ثلاث مائة وأربعة وخمسون يومًا، وفي الذخيرة: يؤجل العنين سنةً شمسيةً لا قمريةً فالسنة الشمسية السنة بالأيَّام والسنة القمرية السنة بالأهلَّة، والشمسية تزيد على القمرية بأحد عشر يومًا وشيءٍ، فيجوز أن يوافق طبعه هذه الزيادة فلا بُدَّ من اعتبارها.

قوله: وَلَا يُحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا، ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضًا لا يستطيع الجماع معه، فإن كان أقلَّ من نصف الشهر احتسب عليه، وإن كان أكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانَها، وكذلك العنة لأنَّ شهر رمضان محسوب عليه وهو قادرٌ عليه في الليل ممنوعٌ في النهار فثَبَتَ أنَّ نصف الشهر محسوبٌ عليه، وهذا أصحُّ الروايات عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وإن أحرمت بحجَّة الإسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لأنه لا يقدر على أن يحلِّلها، ألا ترىٰ أنَّها لو كانت محرمةً حين

الخَمْسَةِ وَهِيَ: الجُذَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ وَالرَّتْقُ وَالْقَرْنُ لِأَنَّهَا تَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ حِسًّا أَوْ طَبْعًا وَالطَّبْعُ مُؤَيَّدٌ بِالشَّرْعِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِرَّ مِنَ المَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنَ الأَسَدِ» وَلَنَا أَنَّ فَوْتَ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا بِالْمَوْتِ لَا يُوجِبُ الفَسْخَ فَاخْتِلَالُهُ بِهٰذِهِ العُيُوبِ أَوْلَىٰ، وَهٰذَا لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ مِنَ الثَّمَرَاتِ وَالْمُسْتَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ.

خاصمته لم يؤجله القاضي حتى تفرغ من الحجِّ، ولو خاصمته والزوج مظاهر منها فإن كان يقدر على العتق أجله، وإن كان عاجزًا عن ذلك أمهله شهرين لأنه ممنوعٌ عن غشيانِها ما لم يكفر، فإن ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي إلى ذلك واحتسب عليه بتلك المدَّة لأنه كان متمكنًا أن لا يظاهر منها.

قوله: **الجُذَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ وَالرَّتْقُ وَالْقَرْنُ**، الجذام هو يشقِّق الجلد ويقطع اللحم ويساقطه، والفعل منه جذم، والرَّتق بالتحريك مصدر قولك: امرأة رتقاء، لا يُستطاع جماعها لارْتِتاقِ ذلك الموضع منها، كذا في الصحاح، والقرن في الفرج مانعٌ يمنع من سلوك الذكر فيه، إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم، وامرأة قرناء بِها ذلك، وقيل: العقلة، وهي بالتحريك شيءٌ يخرج من قبل النساء، وحياء الناقة شبيه بالأدرة للرجل، وقيل: نتوء في الرحم، واختصم إلىٰ شريح في جارية بِها قرن فقال: اقعدوها فإن أصاب الأرض فهو عيبٌ وإن لم يصب الأرض فليس بعيبٍ.

قوله: **وَلَنَا أَنَّ فَوْتَ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا بِالْمَوْتِ لَا يُوجِبُ الفَسْخَ**، حتَّى لا يسقط شيء من المهر بالموت.

قوله: **وَالْمُسْتَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ**، أي التمكن من الوطء حاصل، أمَّا في المجذومة والمجنونة والبَرْصاء فظاهرٌ، وأمَّا في الرتقاء والقرناء فممكنٌ بالشقِّ والفتق.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ جُذَامٌ فَلَا خِيَارَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَهَا الخِيَارُ) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا كَمَا فِي الجَبِّ وَالْعُنَّةِ، بِخِلَافِ جَانِبِهِ لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ بِالطَّلَاقِ، وَلَهُمَا أَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الخِيَارِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الزَّوْجِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الجَبِّ وَالْعُنَّةِ لِأَنَّهُمَا يُخِلَّانِ بِالْمَقْصُودِ المَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ، وَهٰذِهِ العُيُوبُ غَيْرُ مُخِلَّةٍ بِهِ فَافْتَرَقَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لَهَا الخِيَارُ، إذا كان على حال لا تطيق المقام معه لأنه تعذَّر عليها الوصول إلى حقِّها بمعنًى فيه، فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبًا أو عنينًا، ولكنَّا نقول: بِهذه العيوب لا ينسدُّ عليها باب استيفاء المقصود وإنَّما تقلُّ رغبتها فيه وتتأذَّى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار، كما لو وجدته سيِّءُ الخلق أو مقطوع اليدين والرجلين، بخلاف الجبِّ والعنة، وكذلك إن اشتَرَط أحدهما على صاحبه السلامة من العمي والشلل والزَّمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار، وكذلك لو شرط أحدهما لصاحبه صفة الجمال أو البكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار، لأنَّ فوت زيادةٍ مشروطةٍ بمنزلة العيب في إثبات الخيار كما في البيع، وبِهذا تبيَّن أنه لا معتبَر بتمام الرضاء في باب النكاح، فإنه لو تزوَّجها بشرط أنَّها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبًا عجوزًا شوهاء لها شقٌّ مائلٌ وعقلٌ زائلٌ ولعابٌ سائلٌ فإنه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضاء بِهذه الصفة، وإنما يثبت في الجبِّ والعنة لأنَّهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطء، وهذه العيوب غير مخلة به فافترَقا، والله أعلم بالصواب.

بَابُ العِدَّةِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا أَوْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالْفُرْقَةُ إِذَا

باب العدة

هي التَّربُّص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته.

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا، ولم يذكر قوله: رجعيًّا، في بعض النسخ ولا بُدَّ من ذكره، ولم يذكر الدخول مع أنَّ عدة الطلاق لا تجب إلَّا بعد الدخول أو الخلوة بناءً على أنَّ الأصل في النكاح هو الدخول، ولأنَّ وجوب العدة من الفرقة في حال الحياة إنَّما كان بعد الدخول لا قبله وهو ظاهرٌ فاستغنىٰ بظهوره عن ذكره.

قوله: أَوْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وهي مثل الفرقة بخيار العتاقة، وعدم الكفاءة، وخيار البلوغ، وملك أحد الزوجين صاحبه، والفرقة في النكاح الفاسد.

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، أراد المدخول بِهنَّ من ذوات الأقراء، وهو خبَر في معنى الأمر أي وليتربصن المطلَّقات، وإخراج الأمر في صورة الخبَر تأكيد الأمر وإشعارٌ بأنه ممَّا يجب أن يتلقَّىٰ بالمسارعة إلى امتثاله، وذكر الأنفس تَهييج لهنَّ على التربص وزيادة بعث لأن أنفسهنَّ طوامح إلى الرجال فأُمِرْن أن يقمَعْن أنفسهنَّ ويجبِرنَّها على التربص، كذا في الكشاف، قيل: النص يتناول المطلقة ثلاثًا فما دونَها، وقيل: أراد به ما دون الثلاث بدلالة قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ

كَانَتْ بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَهِيَ فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ لِأَنَّ العِدَّةَ وَجَبَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الفُرْقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَهٰذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَالْأَقْرَاءُ الحِيَضُ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الأَطْهَارُ وَاللَّفْظُ حَقِيقَةٌ فِيهِمَا إِذْ هُوَ مِنَ الأَضْدَادِ، كَذَا قَالَهُ ابْنُ السِّكِّيتِ وَلَا يَنْتَظِمُهُمَا جُمْلَةً لِلِاشْتِرَاكِ وَالْحَمْلُ عَلَى الحَيْضِ أَوْلَىٰ، إِمَّا عَمَلًا بِلَفْظِ الجَمْعِ، لِأَنَّهُ

أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فعلى الوجه الأول التمسك ظاهر في الطلاق البائن، وعلى الوجه الثاني نقول: لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما إذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لَأَن يثبت في موضع يتحقق الزوال أَوْلىٰ، وهذا لأنَّ حق النكاح أن يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاءً لحقه وبيانًا لخطره.

قوله: وَهٰذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، أي التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق.

قوله: وَالْأَقْرَاءُ الحِيَضُ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: الأَطْهَارُ، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا طلق امرأته في طهر لم يجامعها فيه لا تنقضى العدة ما لم تطهر من الحيضة الثالثة، وعنده كما شرعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتُها، واحتجَّ بأنَّ الطلاق معقب للعدة فيجب أن يكون الزمان الذي يعقب الطلاق محسوبًا من العدَّة.

قوله: إِذْ هُوَ مِنَ الأَضْدَادِ، دليلٌ على أنه حقيقة فيهما، فكان فيه قطع وهم أنه مجاز في أحدهما، لأنَّ الطريق في المجاز المناسبة، وبين الطهر والحيض مضادة، فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار.

قوله: إِمَّا عَمَلًا بِلَفْظِ الجَمْعِ، وهو القروء، والجمع الصحيح هو الثلاثة وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لأنَّ الطلاق يوقع في طهرٍ وهو سنة،

لَوْ حُمِلَ عَلَى الأَطْهَارِ وَالطَّلَاقُ يُوقَعُ فِي طُهْرٍ لَمْ يُبْقِ جَمْعًا، أَوْ لِأَنَّهُ مُعَرِّفٌ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَهُوَ المَقْصُودُ، أَوْ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَعِدَّةُ الأَمَةِ حَيْضَتَانِ» فَيَلْتَحِقُ بَيَانًا بِهِ (وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَاللَّائِي

ثم هو محسوب من الأقراء عند من يقول بالأطهار، فيكون حينئذٍ مدة عدتِها قرئين وبعض الثالث فلم يكن ثلاثًا كوامل، وهذا مستقيم في جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] فأمَّا في جمعٍ مقرونٍ بالعدد فلا بُدَّ من الكمال لأنَّ الثلاثة اسم خاص لعدد معلوم لا يحتمل غيره.

قوله: أَوْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّةُ الأَمَةِ حَيْضَتَانِ» فَيَلْتَحِقُ بَيَانًا بِهِ، أي هذا الحديث يلتحق بيانًا لمجمل الكتاب حيث قال: وعدَّتها حيضتان ولم يقل طهران، ولا خلاف أنَّ عدة الأمة نصف عدة الحرة لأن أثر الرقِّ في التنصيف لا في أصل العدَّة، ومما يدلُّ على صحة ما ذهبنا إليه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] فأقام الأشهر مقام الحيض دون الأطهار، والنقل إلى البدل إنما يكون عند عدم الأصل كقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟﴾ [المائدة: ٦] فهو تنصيصٌ على أنَّ المراد بالقرء الحيض، فإن قيل: الأصل أطهار هي قروء ولا وجود لها إلَّا بالحيض فإنَّ الطهر قبل الحيض لا يُسمَّىٰ قرءًا ولا انعدام لهذا القرء إلَّا بانعدام الحيض فصار قوله: ﴿يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ﴾ مجازًا عن قوله «يَئِسْنَ مِنَ الأَطْهَارِ» التي هي قروء فلذلك استقام الإبدال، قلنا: إنَّ الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، ودلَّ عليه أنَّ الله تعالىٰ بدأ فقال: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ ثم نقل إلى البدل فيمن عدمت القروء، ولو كان المراد ما ذكره كان من حقِّ الكلام أن يقال: واللائي عدمن القرء، ليكون النقل بعدم عين ما شرع أصلاً، فلمَّا جاء

يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ [الطلاق: ٤] الآيَةَ (وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ بِالسِّنِّ وَلَمْ تَحِضْ) بِآخِرِ الآيَةِ.

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ» وَلِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ وَالْحَيْضَةُ لَا تَتَجَزَّأُ

بعبارةٍ أُخرىٰ عُلِمَ أنَّها لم تكن إلا لفائدةٍ زائدةٍ وليس ذلك إلَّا ما قلنا.

قوله: وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ بِالسِّنِّ وَلَمْ تَحِضْ بِآخِرِ الآيَةِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي والصغائر اللاتِي لم يبلغن، واللائي بلغن بغير الحيض كذلك يعتدون ثلاثة أشْهُر، كذا في التيسير.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»، فإن قيل: النصُّ الوارد في المطلَّقات عام وتخصيص العام ابتداءً لا يجوز بخبَر الواحد والقياس، ولهذا قال أبو بكر الأصمّ: عدتُها ثلاثة أقراء، قلنا: هذا حديثٌ تلقته الأمة بالقبول فدَخَلَ في حد المشاهير، على أنَّ الآية واردةٌ في الحرائر لقوله تعالى: ﴿مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله تعالى: ﴿فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أو نقول: خصَّ من قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ غير المدخول بها ولم يدخل في الآية الصغيرة والآيسة والحامل فيخص موضع النزاع، ولأنَّ العدَّة نعمةٌ في حقهنَّ لِمَا فيه من تعظيم ملك النكاح وللرقِّ أثرٌ في تنصيف النعم لأنَّ استحقاقها بوصف الآدمية وقد أثر الرقُّ في نقصانِها فلا بدَّ أن يؤثر ذلك في نقصان النعمة، إلَّا أنَّ الحيضة لا تتجزَّأ ولا

فَكُمِّلَتْ فَصَارَتْ حَيْضَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ عُمَرُ بِقَوْلِهِ: لَوِ اسْتَطَعْتُ لَجَعَلْتُهَا حَيْضَةً وَنِصْفًا (وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ) لِأَنَّهُ مُتَجَزِّئٌ فَأَمْكَنَ تَنْصِيفَهُ عَمَلًا بِالرِّقِّ.

(وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] (وَعِدَّةُ الأَمَةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ) لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ.

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ....

تتنصَّف لأنَّها تختلف في أنفسها بين أن تكون ثلاثة أو أربعة إلىٰ عشرة، والأكثر من الأيَّام وإن كان متيقَّنًا غير أنَّ وقتها مشكوكٌ فيه فتعذَّر التنصيف فقلنا بالتكميل.

قوله: وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، سواءٌ كانت صغيرةً أو كبيرةً، كافرةً أو مسلمةً، موطوئةً أو غير موطوئةٍ، وإن كانت حاملاً فعدتُها أن تضع حملها، وكان علي رضي الله عنه يقول: تعتدُّ المتوفَّىٰ عنها زوجها بأبعد الأجلين إمَّا بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشرٍ، لتعارض النصَّين وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى: «أزواجًا» وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فيجمع بينهما احتياطًا لجهالة التاريخ، وعامة الصحابة رضي الله عنهم على أنَّ عدَّتها بوضع الحمل لأنَّ قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ نزلت بعد قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ الآية، فصارت ناسخًا لتلك، إذ العام

وَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ مَسْعُودٍ: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ سُورَةَ النِّسَاءِ القُصْرَىٰ نَزَلَتْ بَعْدَ الآيَةِ الَّتِي فِي سُورَةِ البَقَرَةِ، وَقَالَ عُمَرُ: لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلَىٰ سَرِيرِهِ لَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَحَلَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ.

(وَإِذَا وَرِثَتِ المُطَلَّقَةُ فِي المَرَضِ فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا، أَمَّا إِذَا كَانَ رَجْعِيًّا فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ بِالْإِجْمَاعِ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النِّكَاحَ قَدِ انْقَطَعَ قَبْلَ المَوْتِ بِالطَّلَاقِ وَلَزِمَتْهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عِدَّةُ الوَفَاةِ إِذَا زَالَ النِّكَاحُ فِي الوَفَاةِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْثِ لَا فِي حَقِّ تَغَيُّرِ العِدَّةِ، بِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ

المتأخِّر ينسخ الخاص المتقدم.

قوله: وَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ سُورَةَ النِّسَاءِ القُصْرَىٰ، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [الطلاق: ١] نزلت بعد التي في سورة البقرة أي: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾، والمباهلة الملاعنة مفاعلة من البهلة وهي اللعنة، وكانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا: بَهْلة الله على الكاذب منَّا ومنكم.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْثِ لَا فِي حَقِّ تَغَيُّرِ العِدَّةِ، فإنَّما بقي في حقِّ الإرث بحكم الفرار لا باعتبار بقاء الزوجية وذا لا يلزمها عدَّة الوفاة، ألا ترىٰ أنَّ المرتد إذا مات أو قتل على ردَّته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدَّة الوفاة لأنَّ زوال النكاح بردته لا لموته، ولهما أنَّها مطلقة حقيقةً متوفَّى عنها زوجها حكمًا فيجب اعتبارهما، وهذا لأنَّا إنَّما ورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكمًا إلىٰ وقت الموت إذ لا بُدَّ من قيام سبب الإرث

لِأَنَّ النِّكَاحَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلَهُمَا أَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْثِ يُجْعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ العِدَّةِ احْتِيَاطًا فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ حَتَّىٰ وَرِثَتْهُ امْرَأَةٌ فَعِدَّتُهَا عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ النِّكَاحَ حِينَئِذٍ مَا اُعْتُبِرَ بَاقِيًا إِلَىٰ وَقْتِ المَوْتِ فِي حَقِّ الْإِرْثِ لِأَنَّ المُسْلِمَةَ لَا تَرِثُ مِنَ الكَافِرِ.

(فَإِذَا عَتَقَتِ الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَىٰ عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لِقِيَامِ النِّكَاحِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ (وَإِنْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مَبْتُوتَةٌ أَوْ مُتَوَفًّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا إِلَىٰ عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لِزَوَالِ النِّكَاحِ بِالْبَيْنُونَةِ أَوِ المَوْتِ (وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً فَاعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتِ الدَّمَ انْتَقَضَ مَا مَضَىٰ مِنْ عِدَّتِهَا وَعَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ العِدَّةَ بِالْحَيْضِ) وَمَعْنَاهُ إِذَا رَأَتِ الدَّمَ عَلَى العَادَةِ لِأَنَّ عَوْدَهَا يُبْطِلُ الإِيَاسَ هُوَ الصَّحِيحُ،

عند الموت لتستحق الإرث، فإذا بقى النكاح في حقِّ الإرث حكمًا مع أنه لا يثبت بالشكِّ فلأَن يبقىٰ في حكم العدَّة وهي تثبت بالشكِّ أوْلىٰ.

قوله: وَلَوْ قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ حَتَّىٰ وَرِثَتْهُ امْرَأَةٌ فَعِدَّتُهَا عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ بِالْإِجْمَاعِ، لأنَّ النكاح لم يعتبر ثمَّة باقيًا إلىٰ وقت الموت في حقِّ الإرث لأنَّها مسلمة عند الموت والمسلمة لا ترث الكافر، ولكن يستند استحقاق الإرث إلى وقت الردَّة، وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة، وهنا استحقاق الإرث عند الموت لا عند الطلاق فعُلِمَ أنَّ النكاح كالقائم بينهما إلىٰ وقت الموت حكمًا.

قوله: وَمَعْنَاهُ إِذَا رَأَتِ الدَّمَ عَلَى العَادَةِ لِأَنَّ عَوْدَهَا يُبْطِلُ الإِيَاسَ هُوَ الصَّحِيحُ،

فَظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ خَلَفًا وَهٰذَا لِأَنَّ شَرْطَ الخَلْفِيَّةِ تَحَقُّقُ اليَأْسِ وَذٰلِكَ بِاسْتِدَامَةِ العَجْزِ إِلَى المَمَاتِ كَالْفِدْيَةِ فِي حَقِّ الشَّيْخِ الفَانِي.
(وَلَوْ حَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيِسَتْ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ) تَحَرُّزًا عَنِ الجَمْعِ

فَظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ خَلَفًا، إذ شرط الخليفة تحقّق اليأس وذا بالعجز الدائم إلى الموت، كالفدية في حق الشيخ الفاني فإنها خلف عن الصوم بشرط استمرار العجز مدّة العُمر، وقال صاحب المحيط: لا تقدير في حد الأياس بالسنّ في رواية، وأياسها على هذه الرواية أن يبلغ من السنّ مبلغًا لا تحيض مثلها، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بأياسها، فإن رأت بعد ذلك دمًا يكون حيضًا على هذه الرواية، فيبطل الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح، وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنةً على ما قالوا، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم بأياسها، فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضًا عند البعض، ولا يبطل به الاعتداد بالأشهر ولا يظهر فساد النكاح، وقيل: يكون حيضًا فيبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح، لأنَّ الحكم بالأياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد والدم حيض بالنصِّ، فإذا رأت الدم فقد وجد النصَّ بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الأياس الثابت بالاجتهاد، حتى قالوا إنما يكون حيضًا إذا كان أحْمَر أو أسود، أمَّا إذا كان أخضر أو أصفر لا يكون حيضًا لأنَّ كون هذا المرئي حيضًا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الأياس الثابت بالاجتهاد، وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يفتي بأنَّها لو رأت الدم بعد ذلك على أيِّ صفة رأت يكون حيضًا، ويفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالأشهر، ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالأشهر.

قوله: وَلَوْ حَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيِسَتْ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ، تفاديًا عن الجمع بين الخلف والأصل، فإن قيل: بناء الخلف على الأصل يجوز، ألا ترىٰ أنَّ المصلي إذا سبقه الحدث وقد كان توضَّأ يتيمَّم ويبني إن لم يجد ماءً، ومن عجز عن الركوع والسجود يومئ

بَيْنَ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، (وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ عِدَّتُهُمَا الحَيْضُ فِي الفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ) لِأَنَّهَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَالْحَيْضُ هُوَ المُعَرِّفُ (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَىٰ أُمِّ الوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَيْضَةٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهَا تَجِبُ بِزَوَالِ مِلْكِ اليَمِينِ فَشَابَهَتِ الِاسْتِبْرَاءَ، وَلَنَا

ويبني؟ قلنا: الصلاة بالتيمم ليست بخلف عن الصلاة بوضوء، وإنَّما الخلف بين التُّراب والماء أو بين الطهارتين ولا يكمل أحدهما بالآخر، وكذا الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بركوع وسجود لأنَّ بعض الشيء لا يكون خلفًا عن كله، فأمَّا العدة بالأشهر فبدل عن العدة بالحيض فلا يكمل أحدهما بالآخر.

قوله: لِأَنَّهَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، والمعرف هو الحيض، فإن قيل: لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى فيه بحيضةٍ كما في الاستبراء، قلنا: إنَّما وجب التربص بثلاثة أقراء في النكاح الصحيح لجواز أن تحيض الحامل، إذ هو مجتهد فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلاث ليعلم فراغ الرحم إذ هو عدد معتبَر في الشرع لإبلاء الأعذار، كما في شرط الخيار وقصَّة الأخيار، والفاسد ملحق بالصحيح في حقِّ ثبوت النسب فيقدَّر بالأقراء الثلاثة صيانةً للماء عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه، كما قدَّرنا الصحيح بِها، ثم المنكوحة نكاحًا فاسدًا كالمنكوحة بغير شهود فإنه فاسد بالاتفاق بين علمائنا، وأمَّا نكاح المحارم مع العلم بأنَّها حرام فنكاح فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ خلافًا لهما، وفي الذخيرة: تزوَّج منكوحة الغير ولا يعلم أنَّها منكوحة الغير ودخل بِها تجب العدَّة، وإن كان يعلم أنَّها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول حتى لايحرم على الزوج وطئها، وبه يفتى، وأمَّا الموطوئة بشبهة فهي التي زفت إلى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدَّة

أَنَّهَا وَجَبَتْ بِزَوَالِ الفِرَاشِ فَأَشْبَهَ عِدَّةَ النِّكَاحِ ثُمَّ إِمَامُنَا فِيهِ عُمَرُ فَإِنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الوَلَدِ ثَلَاثُ حِيَضٍ (وَلَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) كَمَا فِي النِّكَاحِ.

(وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنِ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَبَلٌ فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الحَمْلَ لَيْسَ بِثَابِتِ النَّسَبِ مِنْهُ فَصَارَ كَالْحَادِثِ بَعْدَ المَوْتِ، وَلَهُمَا إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤] وَلِأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِمُدَّةِ وَضْعِ الحَمْلِ فِي أُولَاتِ الأَحْمَالِ قَصُرَتِ المُدَّةُ أَوْ طَالَتْ لَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ لِشَرْعِهَا بِالْأَشْهُرِ مَعَ وُجُودِ الأَقْرَاءِ، لٰكِنْ لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَهٰذَا المَعْنَىٰ يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الحَمْلُ مِنْهُ، بِخِلَافِ الحَمْلِ الحَادِثِ لِأَنَّهُ وَجَبَتِ العِدَّةُ بِالشُّهُورِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الحَمْلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَمَا وَجَبَتْ وَجَبَتْ مُقَدَّرَةً بِمُدَّةِ الحَمْلِ فَافْتَرَقَا،

وعلى الواطىء المهر، على ما يجيء في كتاب الحدود إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: فَصَارَ كَالْحَادِثِ بَعْدَ المَوْتِ، وتفسير الحدوث بعد الموت بأن تضعه لستَّة أشهر فصاعدًا من يوم الموت عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وقال بعضهم: بأن تأتِي لأكثر من سنتين، والأوَّل أصحُّ، وتفسير قيام الحبل عند الموت هو أن تلد لأقل من ستَّة أشهر من وقت الموت، كذا في الفوائد الظهيرية.

وَلَا يَلْزَمُ امْرَأَةُ الكَبِيرِ إِذَا حَدَثَ لَهَا الحَبَلُ بَعْدَ المَوْتِ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مِنْهُ فَكَانَ كَالْقَائِمِ عِنْدَ المَوْتِ حُكْمًا.

(وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ فِي الوَجْهَيْنِ) لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا مَاءَ لَهُ فَلَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ العُلُوقُ، وَالنِّكَاحُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي مَوْضِعِ التَّصَوُّرِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيْضِ لَمْ تَعْتَدَّ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ) لِأَنَّ العِدَّةَ مُقَدَّرَةٌ، بِثَلَاثِ حِيَضٍ كَوَامِلَ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا.

(وَإِذَا وُطِئَتِ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَىٰ وَتَدَاخَلَتِ العِدَّتَانِ،

قوله: وَلَا يَلْزَمُ امْرَأَةُ الكَبِيرِ إِذَا حَدَثَ لَهَا الحَبَلُ بَعْدَ المَوْتِ، يريد به إذا جاءت به لأكثر من ستَّة أشهر، إذ لو كان على حقيقته بأن جاءت به لتمام سنتين فصاعدًا تكون العدة بالأشهر لأنه يكون من زنا فلا يتغيَّر به حكم العدة.

قوله: وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ فِي الوَجْهَيْنِ، أي فيما إذا كان قائمًا عن الموت، وفيما إذا حدث بعد الموت.

قوله: وَإِذَا وُطِئَتِ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَىٰ وَتَدَاخَلَتِ العِدَّتَانِ، وقال الشافعي رحمه الله: لا تتداخلان، هذا إذا وطئها أجنبي بشبهة، أمَّا إذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تتداخلت العدتان بالإجماع، وفي المبسوط: وإن كانت العدَّتان من واحد بأن وطئ معتدَّته بعد البينونة بالشبهة فلا شكَّ عندنا أنَّهما تنقضيان بمدة واحدة، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى، وفي القول الآخر يقول: لا تجب العدة بالسبب الثاني أصلاً، وحاصل الخلاف راجع إلى أنَّ ركن العدة الفعل أم ترك الفعل؟ مع أنَّ المقصود يحصل بالطريقتين وهو صيانة الإنسان عن الاشتباه، فعنده الركن هو الفعل وهو كفُّ المرأة نفسها

وَيَكُونُ مَا تَرَاهُ المَرْأَةُ مِنَ الحَيْضِ مُحْتَسَبًا مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا

عن البروز والخروج والتزوُّج بآخر فيكون عبادة، كالكفِّ عن قضاء الشهوتين في الصوم، لأنَّها أمرت بالتربص وهو الكف، وأداء العبادتين في وقتٍ واحدٍ لا يتصوَّر كصومين في يوم واحد، وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لأنها أجل لقوله تعالى: ﴿أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وقوله: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٤] وقوله: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] والآجال إذا اجتمعت تنقضي بمدَّة واحدة، كرجل تثبت عليه ديونٌ مؤجلة لأناس فتنقضي بمدَّةٍ واحدةٍ، وهذا لأنَّ التأجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين، ثمَّ الثابت بمضي الأجل هنا حلُّ النكاح والخروج والتزيُّن فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الأفعال فكان الركن حرمة هذه الأفعال والآجال، فإن كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلا علم ويتأدى بلا قصدٍ واختيارٍ، ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلا علم ولم يتأد بلا قصد واختيار، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] نَهىٰ عن التزوج في العدَّة والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب الفعل، بخلاف الصوم لأنَّ الواجب ثمَّ الفعل لأنه أمر بالصوم لقوله تعالى: ﴿أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] والواجب بالأمر الفعل، فإن قيل: الله تعالى قال: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي يكففن، والكفُّ فعل وهو إخبار في معنى الأمر لما مرَّ وقال: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] أمر بالاعتداد بالأشهر والاعتداد فعلٌ، قلنا: المراد بالتَّربص الانتظار لا الكفُّ، يقال: فلانٌ يتَربص قدوم فلان أي ينتظر والانتظار يكون بسبب الأجل ولا تضايق في الانتظار، كشهرٍ واحدٍ ينتظر فيه حلول ديون، وكيومٍ واحدٍ ينتظر فيه قدوم النَّاس، وما في الآية الثانية أمر بالاعتداد بل المذكور هو العدة وهي مدَّة حرمة هذه الأفعال والحرمات تجتمع، فإنَّ الصيد حرام على المحرم في الحرم بالإحرام، والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرًا

انْقَضَتِ العِدَّةُ الأُولَىٰ وَلَمْ تُكْمِلِ الثَّانِيَةَ فَعَلَيْهَا تَمَامُ العِدَّةِ الثَّانِيَةِ) وَهٰذَا عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَتَدَاخَلَانِ لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ العِبَادَةُ فَإِنَّهَا عِبَادَةُ كَفٍّ عَنِ التَّزَوُّجِ وَالْخُرُوجِ فَلَا تَتَدَاخَلَانِ كَالصَّوْمَيْنِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَلَنَا أَنَّ المَقْصُودَ التَّعَرُّفُ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ بِالْوَاحِدَةِ فَتَتَدَاخَلَانِ، وَمَعْنَى العِبَادَةِ تَابِعٌ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا تَنْقَضِي بِدُونِ عِلْمِهَا وَمَعَ تَرْكِهَا الكَفَّ.

(وَالْمُعْتَدَّةُ عَنْ وَفَاةٍ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ وَتَحْتَسِبُ بِمَا تَرَاهُ مِنَ الحَيْضِ فِيهَا) تَحْقِيقًا لِلتَّدَاخُلِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ (وَابْتِدَاءُ العِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ وَفِي الوَفَاةِ عَقِيبَ الوَفَاةِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوِ الوَفَاةِ حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ العِدَّةِ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا) لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ العِدَّةِ الطَّلَاقُ أَوِ الوَفَاةُ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ

ولحلفه إن حلف لا يشربها ومعنى العبادة تابعٌ، ألا ترىٰ أنَّ عدتها تنقضي وإن لم تكف نفسها عن الخروج ولا يتصوَّر أداء العبادة بدون ركنها، ولأنَّ المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدَّة الواحدة فتداخلنا، وإنَّما لم يكتف بحيضةٍ واحدةٍ وإن حصل تعرف الفراغ بِها لأنَّ الواحدة للتعرف، والثانية لحرمة النكاح، والثالثة لفضيلة الحرية، ولو اكتفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد.

قوله: لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ العِدَّةِ الطَّلَاقُ أَوِ الوَفَاةُ، وقد نصَّ في الأسرار أن سبب وجوب العدَّة نكاح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فإنَّها شرط فكأنَّه جعل الشرط المُكَمِّل للعلة كالسبب.

وُجُودِ السَّبَبِ، وَمَشَايِخُنَا يُفْتُونَ فِي الطَّلَاقِ أَنَّ ابْتِدَاءَهَا مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ نَفْيًا لِتُهْمَةِ الْمُوَاضَعَةِ.

(وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِ الوَاطِئِ عَلَىٰ تَرْكِ وَطْئِهَا) وَقَالَ زُفَرُ: مِنْ آخِرِ الوَطَآتِ لِأَنَّ الوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ المُوجِبُ، وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَطْءٍ وُجِدَ فِي العَقْدِ الفَاسِدِ يَجْرِي مَجْرَى الوَطْأَةِ

قوله: وَمَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَىٰ يُفْتُونَ فِي الطَّلَاقِ أَنَّ ابْتِدَاءَهَا مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ، بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدَّة ليصحَّ إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدَّة بأن يتزوَّج أختها أو أربعًا سواها، أو ربَّما تكون المرأة محرمةً حرمةً غليظةً فيتواضعان على هذا الإقرار حتى يتمكن من التحليل في الحال ولا تجب عليها العدَّة، قال صاحب المحيط وغيره: إذا أقرَّ الرجل أنه طلَّق امرأته منذ خمس سنين إن كذبته في الإسناد أو قالت لا أدري تجب العدة من وقت الإقرار، قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والسكنى، أمَّا في حقِّ التزوج بأختها أو أربع سواها تعتبر العدَّة من وقت الطلاق، وقيل في حق التزوج بأختها وأربع سواها تعتبر العدَّة من وقت الإقرار عقوبةً عليه جزاء على كتمانه الطلاق، ولكن لا تجب لها نفقة العدَّة ومؤنة السكنى لأنَّ ذلك حقها وقد أقرَّت بسقوط حقها، وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحلَّ التزوج بالأخت وأربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الإقرار، وحُكي عن الشيخ الإمام أبي الحسن السغدي رحمه الله تعالى أنه كان يقول: ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل أنَّ العدة تعتبر من وقت الطلاق محمولٌ على ما إذا كان متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أمَّا إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر، فلا يصدقان في الإسناد.

الوَاحِدَةِ لِاسْتِنَادِ الكُلِّ إِلَىٰ حُكْمِ عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَلِهٰذَا يُكْتَفَىٰ فِي الكُلِّ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ، فَقِيلَ: المُتَارَكَةُ أَوِ العَزْمُ لَا تُثْبِتُ العِدَّةَ مَعَ جَوَازِ وُجُودِ غَيْرِهِ وَلِأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَىٰ وَجْهِ الشُّبْهَةِ أُقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الوَطْءِ لِخَفَائِهِ وَمِسَاسِ الحَاجَةِ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ الحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

(وَإِذَا قَالَتِ المُعْتَدَّةُ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَكَذَّبَهَا الزَّوْجُ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهَا مَعَ اليَمِينِ) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذٰلِكَ وَقَدْ اتُّهِمَتْ بِالْكَذِبِ فَتَحْلِفُ كَالْمُودِعِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَعَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ وَعَلَيْهِ إِتْمَامُ العِدَّةِ الأُولَىٰ) لِأَنَّ هٰذَا طَلَاقٌ قَبْلَ المَسِيسِ فَلَا يُوجِبُ كَمَالَ المَهْرِ وَلَا

قوله: وَلِأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَىٰ وَجْهِ الشُّبْهَةِ أُقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الوَطْءِ، لأنَّ الوطء أمر خفيٌّ ولا وقوف لغيرهما عليه، والحاجة ماسَّة إلى معرفة الحكم في حقِّ غير الوطء وهو من يريد أن يتزوجها بعد انقضاء العدَّة فلا بُدَّ من إقامة الأمر الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه، كما في الإخبار عن المحبة والحيض وكما في السفر، فأقمنا التمكن مقامه تيسيرًا، بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطء والإخبار بعزمه، والمتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون إلَّا أن يقول: تركتك أو خليتُ سبيلك، ولا يكون بعدم مجيء أحدهما إلىٰ صاحبه.

قوله: فَتَحْلِفُ كَالْمُودِعِ، أي إذا ادعى المودع ردَّ الوديعة أو هلاكها يحلف إن لم تكن له بينة.

اسْتِئْنَافَ العِدَّةِ، وَإِكْمَالُ العِدَّةِ الأُولَىٰ إِنَّمَا يَجِبُ بِالطَّلَاقِ الأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ حَالَ التَّزَوُّجِ الثَّانِي، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالطَّلَاقِ الثَّانِي ظَهَرَ حُكْمُهُ، كَمَا لَوِ اشْتَرَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ ثُمَّ أَعْتَقَهَا، وَلَهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً بِالْوَطْأَةِ الأُولَىٰ وَبَقِيَ أَثَرُهُ وَهُوَ العِدَّةُ، فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقْبُوضَةٌ نَابَ ذٰلِكَ القَبْضُ عَنِ القَبْضِ المُسْتَحَقِّ فِي هٰذَا النِّكَاحِ كَالْغَاصِبِ

قوله: كَمَا لَوِ اشْتَرَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ ثُمَّ أَعْتَقَهَا، أي منكوحته التي ولدت منه ثم أعتقها فيجبُ عليها ثلاث حيض، حيضتان من النكاح فيهما ما تجتنب المنكوحة من الخروج والبروز والتزيُّن، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لأنه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدَّة، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن يتزوجها، وإنَّما لم يظهر حكم العدة في حق المانع وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع ظهر حكم العدَّة في حقه أيضًا فوجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الإعتاق أيضًا ويلزمها الإحداد، وأمَّا الثالثة فإنَّها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداد، كذا في الإيضاح.

قوله: نَابَ ذٰلِكَ القَبْضُ، وهذا لأنَّ الأصل أنَّ القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فإذا جدَّد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني، كالغاصب إذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال المهر والعدَّة، فإن قيل: القبض فعل دائم فإنَّما يصير قابضًا باستمرار القبض بعد الشراء إلَّا أن ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء، قلنا: الجواب من وجهين: الأوَّل أن يعرض الكلام فيما إذا لم يبق المغصوب بعد الشراء بأن غصبه آخر من يده فالغاصب الأول لو اشتراه من المالك يصير قابضًا بمجرد الشراء، والثاني أنَّ استدامة القبض لا معتبر به في إفادة القبض بدليل أنَّ قبض

يَشْتَرِي المَغْصُوبَ الَّذِي فِي يَدِهِ يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقْدِ، فَوَضَحَ بِهٰذَا أَنَّهُ طَلَاقٌ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَقَالَ زُفَرُ: لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا أَصْلًا؛ لِأَنَّ الأُولَىٰ قَدْ سَقَطَتْ بِالتَّزَوُّجِ فَلَا تَعُودُ، وَالثَّانِيَةُ لَمْ تَجِبْ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَتِ الحَرْبِيَّةُ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، فَإِنْ تَزَوَّجَتْ جَازَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، وَهٰذَا كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهَا وَعَلَى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ) أَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَالِاخْتِلَافُ فِيهَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي نِكَاحِهِمْ مَحَارِمَهُمْ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ

الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء، ولو كان استدامة القبض معتبرًا في حقّ القبض بالشراء وجب أن يصير المودع قابضًا بالشراء كالغاصب ولا يتفاوت الحكم بين أن يكون المشتري غاصبًا أو مودعًا.

قوله: المَغْصُوبَ الَّذِي فِي يَدِهِ، أي لم يرده إلى المالك ولا يشترط أن يكون في يده وقت الشراء لأنه ما لم يرده إلى المغصوب منه كأنه في يده، ولهذا لو اشترىٰ وهو فى يد آخر قائم يصير قابضًا بالشراء.

قوله: فَوَضَحَ بِهٰذَا أَنَّهُ طَلَاقٌ بَعْدَ الدُّخُولِ، لا يقال: لو كان هذا طلاقًا بعد الدخول لما وقعت البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني، كما لا تقع البينونة فيما إذا وجد الوطء حقيقةً بعد النكاح، لأنَّا نقول: إنَّما جعلنا هذا طلاقًا بعد الدخول في حقّ تكميل المهر والعدَّة لا في حق جميع الأحكام، كما أنَّ الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حقّ تكميل المهر ووجوب العدَّة لا في حقِّ جميع الأحكام، حتى أنَّ صريح الطلاق بينهما بعد الخلوة الصحيحة، وكذلك إن كان النكاح الأول فاسدًا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحًا صحيحًا في العدَّة، وإن كان النكاح الأول صحيحًا والثاني فاسدًا ففرَّق

النِّكَاحِ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ مُعْتَقَدُهُمْ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَأَمَّا المُهَاجِرَةُ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الفُرْقَةَ لَوْ وَقَعَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ وَجَبَتِ العِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبِ التَّبَايُنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا لِعَدَمِ التَّبْلِيغِ، وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وَلِأَنَّ العِدَّةَ حَيْثُ وَجَبَتْ كَانَ فِيهَا حَقُّ بَنِي آدَمَ وَالْحَرْبِيُّ مُلْحَقٌ بِالْجَمَادِ حَتَّىٰ كَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا لِأَنَّ فِي بَطْنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَلَا يَطَؤُهَا كَالْحُبْلَىٰ مِنَ الزِّنَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق.

قوله: وَأَمَّا المُهَاجِرَةُ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الفُرْقَةَ لَوْ وَقَعَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ، نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا، أي في دار الحرب لا تجب عليها العدَّة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لأنَّها في دار الحرب.

قوله: وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾، فقد أباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة، فمن قال لا يحلُّ ما لم تحض ثلاث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النصِّ، ثم وضع المسئلة في المهاجرة المسلمة والحكم في الذمية، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى، خرج أحد الزوجين إلينا مسلمًا أو ذميًّا أو مستأمنًا ثم أسلم أو صار ذميًّا والآخر على حربه ثمَّة فقد زالت الزوجية، ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدَّة عليها، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: عليها العدَّة ولا نفقة لها، وإن كان الخارج هو الرجل فله أن يتزوج أربعًا سواها وفيهنَّ أختها، والله تعالى أعلم بالصواب.

فَصْلٌ
[مَا يَجِبُ عَلَى المُعْتَدَّاتِ مِنَ الغسْلِ والتَّرك]

قَالَ: (وَعَلَى المَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلِمَةً الحِدَادُ) أَمَّا المُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَىٰ مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَىٰ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» وَأَمَّا المَبْتُوتَةُ فَمَذْهَبُنَا، وَقَالَ

فصل
[ما يجب على المعتدّات من الغسل والترك]

قوله: وَعَلَى المَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلِمَةً الحِدَادُ، أَمَّا المُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَىٰ مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَىٰ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»، التمسك بالحديث في إيجاب الإحداد مشكلٌ لأنَّ مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لأنه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال ولا كلام فيه، إنَّما الكلام في الإيجاب والحديث لا يدلُّ عليه، وأجيب بأنَّ قوله: لا يحلُّ، نفي لإحلال الإحداد ونفي إحلال الإحداد نفي الإحداد فيكون الاستثناء إثباتًا للإحداد فصار التقدير: لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاثة أيَّام إلَّا علىٰ زوجها فإنَّها تحد عليه أربعة أشهر وعشرًا، وقد رُوِيَ هذا الحديث في الصحيح والمبسوط: «لا يحلُّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدَّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشرًا» ، ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهرٌ فإنه إخبار عن إحدادها والإخبار في اقتضاء الفعل آكد من الأمر على ما عرف فيكون الإحداد واجبًا.

الشَّافِعِيُّ: لَا حِدَادَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ وَجَبَ إظْهَارُ التَّأَسُّفِ عَلَىٰ فَوْتِ زَوْجٍ وَفِي بُعْدِهَا إلَىٰ مَمَاتِهِ وَقَدْ أَوْحَشَهَا بِالْإِبَانَةِ فَلَا تَأْسَفْ بِفَوْتِهِ، وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَّاءِ» وَقَالَ: «الْحِنَّاءُ طِيبٌ» وَلِأَنَّهُ يَجِبُ إظْهَارًا لِلتَّأَسُّفِ عَلَىٰ فَوْتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ سَبَبٌ لِصَوْنِهَا وَكِفَايَةُ مُؤَنِهَا، وَالْإِبَانَةُ أَقْطَعُ لَهَا مِنَ الْمَوْتِ حَتَّىٰ كَانَ لَهَا أَنْ تُغَسِّلَهُ مَيِّتًا قَبْلَ الْإِبَانَةِ لَا بَعْدَهَا (وَالْحِدَادُ) وَيُقَالُ الْإِحْدَادُ وَهُمَا لُغَتَانِ (أَنْ تَتْرُكَ الطِّيبَ وَالزِّينَةَ وَالْكُحْلَ وَالدُّهْنَ الْمُطَيَّبَ وَغَيْرَ الْمُطَيَّبِ إلَّا مِنْ عُذْرٍ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إلَّا مِنْ وَجَعٍ) وَالْمَعْنَىٰ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ إظْهَارِ التَّأَسُّفِ، وَالثَّانِي: أَنَّ هٰذِهِ الْأَشْيَاءَ دَوَاعِي الرَّغْبَةِ فِيهَا وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنِ النِّكَاحِ فَتَجْتَنِبُهَا كَيْ لَا تَصِيرَ ذَرِيعَةً إلَى الْوُقُوعِ فِي الْمُحَرَّمِ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ

قوله: وَلِأَنَّهُ يَجِبُ إظْهَارًا لِلتَّأَسُّفِ عَلَىٰ فَوْتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ، فإن قيل: لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما وجب على الزوجة لأنَّ نعمة الزوجية مشتركة بينهما، قلنا: الحداد ما وجب إلَّا تبعًا للعدَّة وهي عليها لا عليه، فلو وجب الحداد عليه لوجب قصدًا وإنَّه لم يشرع قصدًا، ولهذا لم يشرع لفوات الأب مع أنه مسبب لوجودها وحياتها لعدم العدَّة، فإن قيل: كيف يجوز إظهار التأسف وقد قال الله تعالى: ﴿لِّكَيْلَا تَأْسَوْاْ عَلَىٰ مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُواْ بِمَآ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [الحديد: ٢٣] قلنا: المراد بهما الفرح مع الصياح والأسى مع الصياح كذا عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفًا ومرفوعًا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وعلى المختلعة الحداد لأنَّ وجوبه يدور مع فوت نعمة

النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَمْ يَأْذَنْ لِلْمُعْتَدَّةِ فِي الِاكْتِحَالِ، وَالدُّهْنُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ نَوْعِ طِيبٍ وَفِيهِ زِينَةُ الشَّعْرِ، وَلِهٰذَا يُمْنَعُ الْمُحْرِمُ عَنْهُ قَالَ: إِلَّا مِنْ عُذْرٍ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، وَالْمُرَادُ الدَّوَاءُ لَا الزِّينَةُ، وَلَوِ اعْتَادَتِ الدُّهْنَ فَخَافَتْ وَجَعًا، فَإِنْ كَانَ ذٰلِكَ أَمْرًا ظَاهِرًا يُبَاحُ لَهَا لِأَنَّ الْغَالِبَ كَالْوَاقِعِ، وَكَذَا لُبْسُ الحَرِيرِ إِذَا احْتَاجَتْ إِلَيْهِ لِعُذْرٍ لَا بَأْسَ بِهِ.

(وَلَا تَخْتَضِبْ بِالْحِنَّاءِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلَا تَلْبَسْ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِعُصْفُرٍ وَلَا بَزَعْفَرَانٍ) لِأَنَّهُ يَفُوحُ مِنْهُ رَائِحَةُ الطِّيبِ.

قَالَ: (وَلَا حِدَادَ عَلَىٰ كَافِرَةٍ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرْعِ (وَلَا عَلَىٰ صَغِيرَةٍ) لِأَنَّ الخِطَابَ مَوْضُوعٌ عَنْهَا (وَعَلَى الأَمَةِ الإِحْدَادُ) لِأَنَّهَا

النكاح وقد فاتت وإن طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال.

قوله: وَكَذَا لُبْسُ الحَرِيرِ إِذَا احْتَاجَتْ إِلَيْهِ، بأن كانت بها حكَّةٌ.

قوله: وَلَا حِدَادَ عَلَىٰ كَافِرَةٍ، الحداد لا يجب علىٰ خمس نسوةٍ: المطلقة طلاقًا رجعيًا، والمعتدة عن نكاحٍ فاسدٍ، والكتابية، والصبية، وأمِّ الولد إذا أُعتقت.

قوله: لِأَنَّ الخِطَابَ مَوْضُوعٌ عَنْهَا، ولا يلزم على هذا وجوب العدَّة على الصغيرة لأنَّها لا تخاطب بها لكن يخاطب الولي بأن لا يزوجها حتى تنقضي عدَّتها، على أنَّ العدَّة مجرد مضي المدَّة فثبوتها في حقها لا يؤدِّي إلىٰ توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد، فإن قيل: وجب أن يؤمر وليُّها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع، قلنا: في أمر الولي بالمنع عن الخروج وترك الزينة لا يحصل المقصود وهو إظهار التأسُّف لأنَّ الصغيرة لا تأسُّف لها، بخلاف المنع عن محرمات الشرع لأنه اشتمل على

مُخَاطَبَةٌ بِحُقُوقِ اللهِ تَعَالَىٰ فِيمَا لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ المَوْلَىٰ، بِخِلَافِ المَنْعِ مِنَ الخُرُوجِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّهِ وَحَقُّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ وَلَا فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ إِحْدَادٌ، لِأَنَّهَا مَا فَاتَهَا نِعْمَةُ النِّكَاحِ لِتُظْهِرَ التَّأَسُّفَ، وَالْإِبَاحَةُ أَصْلٌ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ المُعْتَدَّةُ وَلَا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الخِطْبَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] إِلَىٰ أَنْ قَالَ ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «السِّرُّ النِّكَاحُ»

المقصود وهو الاجتناب عن القبيح.

قوله: وَالْإِبَاحَةُ أَصْلٌ، أي إباحة استعمال الطيب أصل، قال الله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف: ٣٢] أي من الثياب وما يتجمَّل به، والاستفهام لإنكار تحريم هذه الأشياء.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الخِطْبَةِ، ذكر في النهاية: أراد به المتوفى عنها زوجها لأنَّ التعريض لا يجوز للمطلقة لأنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلاً فلا يتمكن عن التعريض لها على وجه يخفى على الناس، فأمَّا المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نَهارًا فيمكنه التعريض لها على وجه لا يقف على سواها، كذا في شرح التأويلات، والتعربض أن يذكر شيئًا يدلُّ به على شيء لم يذكره.

قوله: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ أي فاذكروهنَّ ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ أي وطئًا لأنَّه ممَّا يسرُّ ﴿إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ وهو أن تعرِّضوا ولا

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: التَّعْرِيضُ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَزَوَّجَ، وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي القَوْلِ الْمَعْرُوفِ: إِنِّي فِيكِ لَرَاغِبٌ وَإِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَجْتَمِعَ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمَبْتُوتَةِ الخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا، وَالْمُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا) أَمَّا المُطَلَّقَةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] قِيلَ الفَاحِشَةُ نَفْسُ الخُرُوجِ، وَقِيلَ الزِّنَا، وَيَخْرُجْنَ لِإِقَامَةِ الحَدِّ، وَأَمَّا المُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا فَلِأَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا فَتَحْتَاجُ إِلَى الخُرُوجِ نَهَارًا لِطَلَبِ المَعَاشِ، وَقَدْ يَمْتَدُّ إِلَىٰ أَنْ يَهْجُمَ اللَّيْلُ، وَلَا كَذٰلِكَ المُطَلَّقَةُ لِأَنَّ النَّفَقَةَ دَارَةٌ عَلَيْهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا، حَتَّىٰ لَوِ اخْتَلَعَتْ عَلَىٰ نَفَقَةِ عِدَّتِهَا قِيلَ: إِنَّهَا تَخْرُجُ نَهَارًا، وَقِيلَ لَا تَخْرُجُ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا فَلَا يَبْطُلُ بِهِ حَقٌّ عَلَيْهَا.

تصرِّحوا، والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهنَّ، أي لا تواعدوهنَّ مواعدةً قطُّ إلَّا مواعدةً معروفةً، كذا في الكشاف.

قوله: حَتَّىٰ لَوِ اخْتَلَعَتْ عَلَىٰ نَفَقَةِ عِدَّتِهَا قِيلَ: إِنَّهَا تَخْرُجُ نَهَارًا، ولو اختلعت على أن لا سكنىٰ لها فإنَّ مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، فأمَّا أن يحل لها الخروج فلا، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه قال: المتوفى عنها زوجها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقلَّ من نصف الليل.

(وَعَلَى المُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي المَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَىٰ حَالَ وُقُوعِ الفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وَالْبَيْتُ المُضَافُ إِلَيْهَا هُوَ البَيْتُ الَّذِي تَسْكُنُهُ، وَلِهٰذَا لَوْ زَارَتْ أَهْلَهَا وَطَلَّقَهَا زَوْجُهَا كَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَعُودَ إِلَىٰ مَنْزِلِهَا فَتَعْتَدَّ فِيهِ وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّتِي قُتِلَ زَوْجُهَا «أُسْكُنِي فِي بَيْتِكِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ» (وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ المَيِّتِ لَا يَكْفِيهَا فَأَخْرَجَهَا الوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ انْتَقَلَتْ)، لِأَنَّ هٰذَا انْتِقَالٌ بِعُذْرٍ، وَالْعِبَادَاتُ تُؤَثِّرُ فِيهَا الأَعْذَارُ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَافَتْ عَلَىٰ مَتَاعِهَا أَوْ خَافَتْ سُقُوطَ المَنْزِلِ أَوْ كَانَتْ فِيهَا بِأَجْرٍ وَلَا تَجِدُ مَا تُؤَدِّيهِ.

(ثُمَّ إِنْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَا بُدَّ مِنْ سُتْرَةٍ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لَا بَأْسَ بِهِ) لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِالْحُرْمَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا يُخَافُ عَلَيْهَا مِنْهُ فَحِينَئِذٍ تَخْرُجُ لِأَنَّهُ عُذْرٌ، وَلَا تَخْرُجُ عَمَّا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ، وَالْأَوْلَىٰ

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ زَارَتْ أَهْلَهَا وَطَلَّقَهَا زَوْجُهَا كَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَعُودَ إِلَىٰ مَنْزِلِهَا، أي من غير تأخير، وكذا لو كان معها زوجها.

قوله: ثُمَّ إِنْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَا بُدَّ مِنْ سُتْرَةٍ بَيْنَهُمَا، يعني إذا لم يكن للزوج إلَّا بيت واحد، وكذا هذا في الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرمٍ لها، كذا في المبسوط.

قوله: ثُمَّ لَا بَأْسَ بِهِ، أي بالمساكنة بعد اتخاذ السُتْرَة.

أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا (وَإِنْ جَعَلَا بَيْنَهُمَا امْرَأَةً ثِقَةً تَقْدِرُ عَلَى الحَيْلُولَةِ فَحَسَنٌ، وَإِنْ ضَاقَ عَلَيْهِمَا المَنْزِلُ فَلْتَخْرُجْ، وَالْأَوْلَىٰ خُرُوجُهُ).

(وَإِذَا خَرَجَتِ المَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا إِلَىٰ مَكَّةَ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي غَيْرِ مِصْرٍ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ رَجَعَتْ إِلَىٰ مِصْرِهَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِابْتِدَاءِ الخُرُوجِ مَعْنًى بَلْ هُوَ بِنَاءٌ (وَإِنْ كَانَتْ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ إِلَى المَقْصِدِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَيْضًا لِأَنَّ المُكْثَ فِي ذٰلِكَ المَكَانِ أَخْوَفُ عَلَيْهَا مِنَ الخُرُوجِ، إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ أَوْلَىٰ لِيَكُونَ الِاعْتِدَادُ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا فِي مِصْرٍ فَإِنَّهَا لَا تَخْرُجُ حَتَّىٰ تَعْتَدَّ ثُمَّ تَخْرُجَ إِنْ كَانَ لَهَا مَحْرَمٌ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله: وَالْأَوْلَىٰ أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا، لأنَّ مكثها في منزل الزوج واجبٌ ومكثه فيه ليس بواجبٍ فكان انتقاله أَوْلىٰ، وإذا انتقلت كان تعيين الموضع الذي تنتقل إليه إلى الزوج، وفي الوفاة تعيينه إليها.

قوله: فِي غَيْرِ مِصْرٍ، أي في مفازةٍ.

قوله: فَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ رَجَعَتْ إِلَىٰ مِصْرِهَا، أي سواء كان بينها وبين المقصد مدَّة السفر أو دونه.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا فِي مِصْرٍ، المصر ليس بشرطٍ، وكذا

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ مَعَهَا مَحْرَمٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَخْرُجَ مِنَ المِصْرِ قَبْلَ أَنْ تَعْتَدَّ) لَهُمَا أَنَّ نَفْسَ الخُرُوجِ مُبَاحٌ دَفْعًا لِأَذَى الغُرْبَةِ وَوَحْشَةِ الوَحْدَةِ فَهَذَا عُذْرٌ، وَإِنَّمَا الحُرْمَةُ لِلسَّفَرِ وَقَدِ ارْتَفَعَتْ بِالْمُحْرِمِ، وَلَهُ أَنَّ العِدَّةَ أَمْنَعُ مِنَ الخُرُوجِ مِنْ عَدَمِ المُحْرِمِ، فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْرُجَ إِلَىٰ مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيْرِ مُحْرِمٍ وَلَيْسَ لِلْمُعْتَدَّةِ ذٰلِكَ، فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَيْهَا الخُرُوجُ إِلَى السَّفَرِ بِغَيْرِ المُحْرِمِ فَفِي العِدَّةِ أَوْلَىٰ.

الحكم في قرية تقدر على المقام بِها، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ

(وَمَنْ قَالَ إِنْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةَ فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا فَهُوَ ابْنُهُ وَعَلَيْهِ المَهْرُ) أَمَّا النَّسَبُ فَلِأَنَّهَا فِرَاشُهُ، لِأَنَّهَا لَمَّا جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْهَا مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ فَكَانَ العُلُوقُ قَبْلَهُ فِي حَالَةِ

باب ثبوت النسب

قوله: فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، أي من غير زيادةٍ ولا نقصانٍ لأنَّها إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر من حين تزوجها لا يثبت النسب لأنَّ علوق هذا الولد كان سابقًا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه، وإن جاءت به لأكثر من ستَّة أشهر لا يثبت النسب أيضًا لأنه حين طلَّق حكمنا أنه لا عدَّة عليها لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة، ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق، بخلاف ما إذا جاءت به لستَّة أشهر من وقت التزوج لأنها لمَّا جاءت به لستَّة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لأقلَّ من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطًا لأمر النسب، إذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح كان فيه إضاعة الولد، وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر، وإحالة الولد إلىٰ أبعد الأوقات، وذلك لا يجوز، والمراد من قوله: يَوْمِ تَزَوَّجَهَا، حين تزوجها.

قوله: فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْهَا، من وقت الطلاق لأنَّ التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمانٍ وإن لطف.

النِّكَاحِ وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يُخَالِطُهَا فَوَافَقَ الإِنْزَالُ النِّكَاحَ وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ، وَأَمَّا المَهْرُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِئًا حُكْمًا فَتَأَكَّدَ المَهْرُ بِهِ.

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا) لِاحْتِمَالِ العُلُوقِ فِي حَالَةِ العِدَّةِ لِجَوَازِ أَنَّهَا تَكُونُ مُمْتَدَّةَ الطُّهْرِ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَثَبَتَ نَسَبُهُ) لِوُجُودِ العُلُوقِ فِي النِّكَاحِ أَوْ فِي العِدَّةِ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ العُلُوقَ قَبْلَ الطَّلَاقِ

قوله: بِأَنْ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يُخَالِطُهَا، خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوَّجها وهو يخالطها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الإنزال النكاح فيكون العلوق حاصلاً قبل زوال الفراش ضرورةً، لأنَّ الطلاقَ لا يقع إلَّا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق أو معه وعليه المهر، وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مهر ونصف، أمَّا النصف فللطلاق قبل الدخول وأمَّا المهر فبالدخول، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى عن نصير رحمه الله تعالى: تزوج امرأة في حال ما يطؤها فعليه مهران، مهرٌ بالزنا لأنه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه، ومهرٌ بالنكاح لأنَّ هذا أكثر من الخلوة، وفي المنتقىٰ: لا يكون به محصنًا، وفي شرح أبي اليُسر: إن تزوَّجت فلانة فهي طالق ثلاثًا فتزوَّجها ودخل بِها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب المهر، وقالوا يجب عليهما، وفي جمع النسفي: لو جاءت بولدٍ فإنه يرثه، وهو منصوصٌ عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وإن حرمت عليه بالثلاث فلم يبق نكاح ولا عدَّة، ولكن لمَّا كان فصلاً مجتهدًا فيه لم ينقطع النسب.

وَيَحْتَمِلُ بَعْدَهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ كَانَتْ رَجْعَةً) لِأَنَّ الْعُلُوقَ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْهُ لِانْتِفَاءِ الزِّنَا مِنْهَا فَيَصِيرُ بِالْوَطْءِ مُرَاجِعًا.

(وَالْمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ قَائِمًا وَقْتَ الطَّلَاقِ فَلَا يَتَيَقَّنُ بِزَوَالِ الفِرَاشِ قَبْلَ العُلُوقِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ احْتِيَاطًا (فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ) لِأَنَّ الحَمْلَ حَادِثٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ لِأَنَّ وَطْأَهَا حَرَامٌ.

قوله: فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ، فإن قيل: ينبغي أن يصير مراجعًا لأنَّ الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء، والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوْقات، قلنا: الرجعة بالفعل خلاف السنَّة، وكما لا يظنُّ بالعاقل المسلم الإقدام على الحرام لا يظنُّ به الإقدام علىٰ خلاف السنَّة.

قوله: وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ كَانَتْ رَجْعَةً، لأنَّ العلوقَ بعد الطلاق، والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها، فإن قيل: يحمل على أنَّها تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدَّة، قلنا: الحكم بإبقاء النكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر فيجبُ القول به.

قوله: فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ، فإن قيل: ما ذكرتم من التصوير في أوَّل الباب موجودٌ ههنا بأن خالطها فطلَّقها فوافق الإنزال الطلاق، مع أنَّ أول الفعل هنا واقع في الملك، قلنا: ما ذكرنا من الاحتمال والتصوير طريقٌ متعيَّنٌ لحمل أمرها على الصلاح، لأنه لو لم يثبت النسب من الزوج فلا بُدَّ من أن يحمل علىٰ أنه من زوج آخر قبله لأنه لا صلاح في أن يحمل أنه من الزنا، وإذا حمل أنه من زوج آخر قبله

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ) لِأَنَّهُ التَزَمَهُ، وَلَهُ وَجْهٌ بِأَنْ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ فِي العِدَّةِ (فَإِنْ كَانَتِ المَبْتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّىٰ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ إِلَىٰ سَنَتَيْنِ) لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ فَأَشْبَهَتِ الكَبِيرَةَ، وَلَهُمَا أَنَّ لِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً مُتَعَيِّنَةً وَهُوَ الأَشْهُرُ فَبِمُضِيِّهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالِانْقِضَاءِ وَهُوَ فِي الدَّلَالَةِ فَوْقَ إِقْرَارِهَا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الخِلَافَ، وَالْإِقْرَارُ يَحْتَمِلُهُ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقَةً طَلَاقًا رَجْعِيًّا فَكَذَٰلِكَ الجَوَابُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ إِلَىٰ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لِأَنَّهُ يُجْعَلُ وَاطِئًا فِي آخِرِ العِدَّةِ وَهِيَ الثَّلَاثَةُ الأَشْهُرُ ثُمَّ تَأْتِي لِأَكْثَرَ مُدَّةِ الحَمْلِ وَهُوَ سَنَتَانِ، وَإِنْ كَانَتِ الصَّغِيرَةُ ادَّعَتِ الحَبَلَ فِي العِدَّةِ فَالْجَوَابُ فِيهَا وَفِي الكَبِيرَةِ سَوَاءٌ، لِأَنَّ بِإِقْرَارِهَا يُحْكَمُ بِبُلُوغِهَا.

يكون هذا النكاح فاسدًا لأنَّها تكون حينئذٍ منكوحة أو معتدةً، وفي الوجهين حمل أمرها على الفساد، بخلاف المبتوتة لأنه يحتمل أنَّها انقضت عدَّتها وتزوجت بزوج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا فساد فيه فيحمل عليه.

قوله: فَبِمُضِيِّهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالِانْقِضَاءِ، ولا يقال: في هذا قطع النسب، لأنَّا نقول: النسب لا ينقطع بالشكِّ إذا وجد سبب النسب، وفيما قلتم جُعِلَ ما ليس بسببٍ سببًا بالشكِّ لأنَّ النكاح في الصغيرة ما كان سببًا قبل البلوغ لعدم ماء المرأة، وإنَّما يصير سببًا بعد البلوغ فلا يجعل سببًا بالشكِّ.

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الوَفَاةِ وَبَيْنَ السَّنَتَيْنِ) وَقَالَ زُفَرُ: إِذَا جَاءَتْ بِهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الوَفَاةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ لِأَنَّ الشَّرْعَ حَكَمَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالشُّهُورِ لِتَعَيُّنِ الجِهَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّتْ بِالِانْقِضَاءِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الصَّغِيرَةِ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ لِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخْرَىٰ وَهُوَ وَضْعُ الحَمْلِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الحَمْلِ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ قَبْلَ البُلُوغِ وَفِيهِ شَكٌّ.

(وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهَا بِيَقِينٍ فَبَطَلَ الإِقْرَارُ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ) لِأَنَّا لَمْ نَعْلَمْ بِبُطْلَانِ الإِقْرَارِ لِاحْتِمَالِ الْحُدُوثِ بَعْدَهُ، وَهٰذَا اللَّفْظُ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مُعْتَدَّةٍ.

(وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ

قوله: وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ - يريد أي معتدة كانت - بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ - أي من وقت الإقرار - يثبت نسبه ... وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ، فإن قيل: فيه حمل أمرها على الزنا، قلنا: نحمله على نكاح صحيح مبتدأ لم يظهر لنا، فإن قيل: هذا إقرار يتضمن إبطال حقِّ الولد لما فيه من إبطال ما يثبت له من حق النسب فيرد، قلنا: يجوز إبطال حقِّ الغير بقول الأمين إذا لم يصر مكذبًا، كما لو أخبرت بمضي العدَّة بالحيض فإنَّها تصدق وإن تضمن إبطال حقِّ الزوج في الرجعة.

قوله: وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ

بِوِلَادَتِهَا رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَّامْرَأَتَانِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ أَوِ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَثْبُتُ فِي الجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ بِقِيَامِ العِدَّةِ وَهُوَ مُلْزِمٌ لِلنَّسَبِ وَالْحَاجَةُ إِلَىٰ تَعْيِينِ الوَلَدِ أَنَّهُ مِنْهَا فَيَتَعَيَّنُ بِشَهَادَتِهَا كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العِدَّةَ تَنْقَضِي بِإِقْرَارِهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ، وَالْمُنْقَضِي لَيْسَ بِحُجَّةٍ فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَىٰ إِثْبَاتِ النَّسَبِ ابْتِدَاءً فَيُشْتَرَطُ كَمَالُ الحُجَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ ظَهَرَ الحَبَلُ أَوْ صَدَرَ الِاعْتِرَافُ مِنَ الزَّوْجِ لِأَنَّ النَّسَبَ ثَابِتٌ قَبْلَ الوِلَادَةِ وَالتَّعَيُّنَ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهَا (فَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً عَنْ وَفَاةٍ فَصَدَّقَهَا الوَرَثَةُ

إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ بِوِلَادَتِهَا رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَّامْرَأَتَانِ، سواء كانت المعتدة هذه مطلقةً طلاقًا رجعيًا أو مبتوتةً أو متوفًّىٰ عنها زوجها، ولا يقضى بشهادة القابلة إلَّا إذا كان الزوج قد أقرَّ بالحبل أو كان الحبل ظاهرًا، وعندهما يقضى بشهادة القابلة إذا كانت مسلمةً حرَّةً عدلةً، ولا يقال: كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يحلُّ لهم النظر إلى العورة، لأنَّا نقول: إنَّهم لا يقولون تعمدنا النظر وإنَّما وقع ذلك اتفاقًا، أو دخلت المرأة بين يدي الشهود بيتًا بعد ما علموا أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته، ثم عند الحاجة إلى أن تحمل الشهادة يباح النظر للرجال، كما في الشهادة على الزنا، والحاجة تتحقق إذا لم يكن هناك مؤيِّد.

قوله: فَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً عَنْ وَفَاةٍ فَصَدَّقَهَا الوَرَثَةُ، ومعنى التصديق هو أن يقرَّ جميع الورثة فيشاركهم بإقرارهم وأقرَّ به جماعة بقطع الحكم بشهادتِهم، فإن صدَّقها رجلان منهم

فِي الوِلَادَةِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى الوِلَادَةِ أَحَدٌ فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهٰذَا فِي حَقِّ الإِرْثِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِمْ فَيُقْبَلُ فِيهِ تَصْدِيقُهُمْ، أَمَّا فِي حَقِّ النَّسَبِ هَلْ يَثْبُتُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ؟ قَالُوا: إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ يَثْبُتُ لِقِيَامِ الحُجَّةِ وَلِهٰذَا قِيلَ: تُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ، وَقِيلَ لَا تُشْتَرَطُ لِأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ تَبَعٌ لِلثُّبُوتِ فِي حَقِّهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ، وَمَا ثَبَتَ تَبَعًا لَا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَائِطُ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ) لِأَنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى النِّكَاحِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ) لِأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ وَالْمُدَّةُ تَامَّةٌ (فَإِنْ جَحَدَ الوِلَادَةَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ حَتَّىٰ لَوْ نَفَاهُ الزَّوْجُ يُلَاعِنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ القَائِمِ، وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْقَذْفِ وَلَيْسَ

أو رجل وامرأتان منهم فوجب الحكم بإثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين، وهذا معنى قوله: بأن كانوا من أهل الشهادة، ثمَّ قيل: يشترط لفظ الشهادة في مجلس القضاء لأنَّ النسب لا يثبت في حقِّ الناس كافَّة إلَّا بلفظ الشهادة لأنَّ الحجة المتعدية هي الشهادة، وقيل: لا يشترط لعدم المنازعة لأنَّ الثبوت في حقِّ غيرهم تبعٌ للثبوت في حقهم بإقرارهم، وما ثبت بناءً لا يُراعىٰ فيه الشرائط، كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حقّ الإقامة ووقف المنقول بناءً على وقف العقار.

قوله: لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ القَائِمِ، وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْقَذْفِ، هذا جوابُ

مِنْ ضَرُورَتِهِ وُجُودُ الوَلَدِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهِ (فَإِنْ وَلَدَتْ ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُكِ مُنْذُ أَرْبَعَةٍ وَقَالَتْ هِيَ: مُنْذُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا وَهُوَ ابْنُهُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا فَإِنَّهَا تَلِدُ ظَاهِرًا مِنْ نِكَاحٍ

سؤال يرد على قوله: حَتَّىٰ لَوْ نَفَاهُ الزَّوْجُ يُلَاعِنُ، وهو أن يقال: إنَّ ثبوت اللعان بناء على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحدِّ فينبغي أن لا يجب لأنَّ شهادة النساء غير معتبَرة في الحدود، فأجاب عنه بأنَّ القاذف نفىٰ نسب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل يثبت بالفراش القائم، وشهادة المرأة إنَّما كانت لتعيين الولد واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود الولد لأنَّ اللعان يتصور بدون الولد، بأن قذف منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة أثر لا في ثبوت النسب ولا في وجوب اللعان لأنَّ ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان بالقذف وهو قوله: ليس مِنّي ولا اتصالَ له بالولد، ونظير هذا ما إذا ثبتت الرمضانية بشهادة الفرد ثم أفطر إنسانٌ بعد ذلك متعمدًا وجبت الكفارة عليه، والكفارة في الإفطار تجري مجرى الحدِّ حيث يندرئُ بالشبهات.

قوله: فَإِنْ وَلَدَتْ ثُمَّ اخْتَلَفَا – إلىٰ قوله – لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا، فإن قيل: الظاهر شاهدٌ له لأنَّ الحوادث تضاف إلىٰ أقرب الأوقات وجودًا والنكاح حادث، قلنا: النسب مما يحتاط فيه فمتىٰ تعارض الظاهران وجب إثباته، ألا ترىٰ أنَّ النسب يثبت بالإيماء وسائر التصرفات لا يثبت به إذا كان الإيماء من الناطق، فإن قيل: وجب أن يحرم لأنَّ هذا إقرار منه بتزوُّجه إيَّاها وهي حبلىٰ، وصار هذا كما إذا ادعى أنه تزوَّجها بغير شهود، قلنا: الفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أنَّ النكاح بغير شهود فاسد لا محالةَ، ونكاح الحبلىٰ ليس بفاسد لا محالة لجواز أنَّها حبلى من الزنا، والثانِي: أنه وإن أقرَّ بالحرمة إلَّا أنَّ الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه، والإقرار إذا قابله تكذيب من جهة القاضي يبطل، كذا في الفوائد الظهيرية.

لَا مِنْ سِفَاحٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الِاسْتِحْلَافَ وَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ.

(وَإِنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتِ امْرَأَةٌ عَلَى الوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تَطْلُقُ) لِأَنَّ شَهَادَتَهَا حُجَّةٌ فِي ذٰلِكَ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَلِأَنَّهَا لَمَّا قَبِلَتْ فِي الوِلَادَةِ تَقْبَلُ فِيمَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا ادَّعَتِ الحِنْثَ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ، وَهٰذَا لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُورِيَّةٌ فِي حَقِّ الوِلَادَةِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهَا (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بِالْحَبَلِ طَلُقَتْ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُشْتَرَطُ شَهَادَةُ القَابِلَةِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ لِدَعْوَاهَا الحِنْثَ، وَشَهَادَتُهَا حُجَّةٌ فِيهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَلَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالْحَبَلِ إِقْرَارٌ بِمَا يُفْضِي إِلَيْهِ وَهُوَ الوِلَادَةُ،

قوله: وَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ، أي على الاختلاف المذكور في الأشياء الستَّة، لأنه اختلاف في النسب أو في النكاح.

قوله: لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهَا، أي الطلاق ينفكُّ عن الولادة في الجملة وإن صار من لوازمها هنا، وصار كمن اشترىٰ لحمًا فشهد مسلمٌ عدْلٌ أنه ذبيحة مجوسي قبلت شهادته في حقِّ حرمة الأكل، ولا يثبت كون الذابح مجوسيًّا في حقِّ الرجوع على البائع بشهادة الواحد.

قوله: وَلَهُ - ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ - أَنَّ الإِقْرَارَ بِالْحَبَلِ إِقْرَارٌ بِمَا يُفْضِي إِلَيْهِ وَهُوَ الوِلَادَةُ، لأنَّ الولد الكائن في الرحم لا يخلو عن الخروج لا محالة حيًّا أو

وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ بِكَوْنِهَا مُؤْتَمَنَةً فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي رَدِّ الأَمَانَةِ.

قَالَ: (وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - الوَلَدُ لَا يَبْقَىٰ فِي البَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِظِلِّ مِغزَلٍ (وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ثُمَّ قَالَ ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فَبَقِيَ لِلْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَالشَّافِعِيُّ يُقَدِّرُ الأَكْثَرَ بِأَرْبَعِ سِنِينَ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالَتْهُ سَمَاعًا إِذِ العَقْلُ لَا يَهْتَدِي إِلَيْهِ.

ميتًا، فالتعليق بالولادة بعد الإقرار بالحبل تعليقٌ بأمرٍ كائنٍ لا محالة فتقبل قولها فيه، كما إذا علق طلاقها بالحيض، بل أوْلىٰ لأنَّ الولد الكائن في الرحم يولد لا محالةَ، وأمَّا الحيض فبناءٌ على العادة.

قوله: وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: أربع سنين، لأنَّ الضحاكَ ولدته أمه لأربع سنين بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسُمِّي ضحَّاكًا.

قوله: وَلَوْ بِظِلِّ مِغْزَلٍ، أي بقدر ظلِّ مغزل حال الدوران، لأنَّ ظل المغزل حالة الدوران أسْرَعُ زوالاً من سائر الظلال، والغرض تقليل المدة، وفي بعض الكتب: ولو بفلكة مغزلٍ، ذكر في المغرب: هذا علىٰ حذف المضاف، وقد جاء صريحًا في شرح الإرشاد: ولو بدور فلكة مغزل، وهو مَثَلٌ في الدوران، والغرض تقليل المدَّة، وبقاء الولد في بطن أمِّه أكثر من سنتين في غاية الندرة، فلا يجوز بناء الحكم عليه، مع أنه لا أصل لما يُحكىٰ في هذا الباب، فإنَّ الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره، لأنَّ ما في الرحم لا يعرفه إلا الله تعالىٰ.

(وَمَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ اشْتَرَاهَا لَزِمَهُ وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ) لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَلَدُ المُعْتَدَّةِ فَإِنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى الشِّرَاءِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَلَدُ المَمْلُوكَةِ لِأَنَّهُ يُضَافُ الحَادِثُ إِلَىٰ أَقْرَبِ وَقْتِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَعْوَةٍ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَوْ خُلْعًا أَوْ رَجْعِيًّا، أَمَّا إِذَا كَانَ اثْنَتَيْنِ يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَىٰ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حُرْمَةً غَلِيظَةً فَلَا يُضَافُ العُلُوقُ إِلَّا إِلَىٰ مَا قَبْلَهُ، لِأَنَّهَا لَا تَحِلُّ بِالشِّرَاءِ.

(وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ عَلَى الوِلَادَةِ امْرَأَةٌ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَىٰ تَعْيِينِ الوَلَدِ، وَيَثْبُتُ

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا، أي طلَّقها بعد الدخول، إذ لو كان قبل الدخول بِها لا يلزمه الولد إلَّا أن يجيء به لأقلَّ من ستة أشهر مذ فارقها.

قوله: لِأَنَّهَا لَا تَحِلُّ بِالشِّرَاءِ، فإن قيل: وجب أن تحلَّ لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] قلنا: وجب أن لا تحلُّ لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والطلقة الثانية في الأماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم أَوْلىٰ بالاعتبار.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ عَلَى الوِلَادَةِ امْرَأَةٌ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، هذا إذا ولدت لأقلَّ من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإن ولدت لستة أشهر فصاعدًا لا يلزمه لاحتمال أنَّها حبلت بعد قول المولىٰ فلم يكن المولىٰ مدعيًا هذا الولد، بخلاف الفصل الأول لتيقننا بقيام الولد في البطن وقت الإقرار، وإنَّما يثبت

ذٰلِكَ بِشَهَادَةِ القَابِلَةِ بِالْإِجْمَاعِ.

(وَمَنْ قَالَ لِغُلَامٍ هُوَ ابْنِي ثُمَّ مَاتَ فَجَاءَتْ أُمُّ الغُلَامِ وَقَالَتْ أَنَا امْرَأَتُهُ فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ يَرِثَانِهِ) وَفِي النَّوَادِرِ جُعِلَ هٰذَا جَوَابُ الِاسْتِحْسَانِ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا المِيرَاثُ لِأَنَّ النَّسَبَ كَمَا يَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ الفَاسِدِ وَبِالْوَطْءِ عَنْ شُبْهَةٍ وَبِمِلْكِ اليَمِينِ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ إِقْرَارًا بِالنِّكَاحِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِالْحُرِّيَّةِ وَبِكَوْنِهَا أُمَّ الغُلَامِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ المُتَعَيِّنُ لِذٰلِكَ وَضْعًا وَعَادَةً (وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهَا حُرَّةٌ فَقَالَتِ الوَرَثَةُ أَنْتِ أُمُّ وَلَدٍ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) لِأَنَّ ظُهُورَ الحُرِّيَّةِ بِاعْتِبَارِ الدَّارِ حُجَّةٌ فِي دَفْعِ الرِّقِّ لَا فِي اسْتِحْقَاقِ المِيرَاثِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

النسب لقيام الفراش بقوله: إن كان في بطنها ولد فهو مني، والحاجة إلى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة إجماعًا.

قوله: فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ يَرِثَانِهِ، فإن قيل: ينبغي أن لا ترث المرأة لِمَا أنَّ هذا النكاح ثابت بطريق الإقتضاء فثبت بقدر الضرو ة وهي تصحيح النسب دون الإرث، قلنا: النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الإرث ونكاح هو ليس بسبب له، فلمَّا ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفكُّ عنه شرعًا بطريق الأصالة، بخلاف نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض لا من الأصول فلا يرد نقضًا، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ حَضَانَةِ الوَلَدِ وَمَنْ أَحَقُّ بِهِ

(وَإِذَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّ ابْنِي هٰذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي» وَلِأَنَّ الأُمَّ أَشْفَقُ وَأَقْدَرُ عَلَى الحَضَانَةِ فَكَانَ الدَّفْعُ إِلَيْهَا أَنْظَرَ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الصِّدِّيقُ بِقَوْلِهِ: رِيقُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْ شَهْدٍ وَعَسَلٍ عِنْدَك يَا عُمَرُ، قَالَهُ حِينَ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوَافِرُونَ.

(وَالنَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ) عَلَىٰ مَا نَذْكُرُ (وَلَا تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهَا عَسَتْ

باب حضانة الولد وَمَن أحقُّ به

قوله: وَإِذَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ، ولا تجبر عليه، أي على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأمِّ فحينئذٍ تجبر الأم على حضانته كيلا يفوت حقُّ الولد أصلاً لأنه لا شفقةَ للأجنبية أصلاً، كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: ولا تجبر الأم على الحضانة لأنَّها عست لا تقدر، واختيار أبي الليث والهندواني رحمهما الله تعالىٰ أنَّها تجبر لأنَّ ذلك حق الولد، وإن امتنع الأب عن أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم تجبر لأنَّ نفقته وصيانته عليه.

تَعْجِزُ عَنِ الحَضَانَةِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ أُمٌّ فَأُمُّ الأُمِّ أَوْلَىٰ مِنْ أُمِّ الأَبِ وَإِنْ بَعُدَتْ) لِأَنَّ هٰذِهِ الوِلَايَةَ تُسْتَفَادُ مِنْ قِبَلِ الأُمَّهَاتِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمَّ الأُمِّ فَأُمُّ الأَبِ أَوْلَىٰ مِنَ الأَخَوَاتِ) لِأَنَّهَا مِنَ الأُمَّهَاتِ، وَلِهٰذَا تَحَرَّزَ مِيرَاثُهُنَّ السُّدُسَ وَلِأَنَّهَا أَوْفَرُ شَفَقَةً لِلْوِلَادِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ جَدَّةٌ فَالْأَخَوَاتُ أَوْلَىٰ مِنَ العَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ) لِأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الأَبَوَيْنِ وَلِهٰذَا قُدِّمْنَ فِي المِيرَاثِ، وَفِي رِوَايَةِ الخَالَةُ أَوْلَىٰ مِنَ الأُخْتِ لِأَبٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

قوله: فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ أُمٌّ - أي ماتت أو تزوَّجت أجنبيًا - فَأُمُّ الأُمِّ أَوْلَىٰ مِنْ أُمِّ الأَبِ، لأنَّ هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لأنَّ حقَّ الحضانة بسبب الأمومية وهي أم تدلي بأمٍّ فهي أوْلىٰ من أمِّ الأب، لأنَّها تدلي بقرابة الأب وقرابة الأم في الحضانة مقدمة علىٰ قرابة الأب، وتستوي إن كانت مسلمةً أو كتابيةً أو مجوسيةً لأنَّ حقَّ الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين، فإن لم تكن فأمُّ الأب أوْلىٰ، وقال زُفر رحمه الله تعالىٰ: الأخت لأبٍ وأمٍّ أو لأمٍّ أو الخالة أحقُّ من أمِّ الأب لأنها تدلي بقرابة الأب، ومن سميناه بقرابة الأمّ واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم، ولنا أنَّها من الأمهات حتى تحرز ميراثهنَّ السدس ولأنَّها أوْفَر شفقةً باعتبار الولاد، فإن ماتت أوتزوَّجت أو لم تكن فالأخت لأبٍ وأمٍّ، ثم لأمٍّ، ثم لأبٍ.

قوله: وَفِي رِوَايَةِ الخَالَةُ أَوْلَىٰ مِنَ الأُخْتِ لِأَبٍ، اعتبارًا بالمدلىٰ به، فإنَّ الخالة تدلي بالأمِّ والأخت لأبٍ تدلي بالأب، والأمُّ في حقِّ الحضانة مقدمة على الأب فكذلك من يدلي بقرابة الأم يكون مقدمًا على من يدلي بقرابة الأب وتقدُّم الأخت لأبٍ وأمٍّ، وعلى قول زفر رحمه الله تعالىٰ هما مستويتان لأنَّ ثبوت هذا الحق بقرابة الأم وهما سواء في ذلك، ثمَّ على الرواية الأولىٰ يدفع بعد الأخت لأب إلىٰ بنت الأخت لأبٍ وأمٍّ ثمَّ إلىٰ

«الْخَالَةُ وَالِدَةٌ» وَقِيلَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] أَنَّهَا كَانَتْ خَالَتَهُ (وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ) لِأَنَّهَا أَشْفَقُ (ثُمَّ الأُخْتُ مِنَ الأُمِّ ثُمَّ الأُخْتُ مِنَ الأَبِ) لِأَنَّ الحَقَّ لَهُنَّ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ (ثُمَّ الخَالَاتُ أَوْلَىٰ مِنَ العَمَّاتِ) تَرْجِيحًا لِقَرَابَةِ الأُمِّ (وَيَنْزِلْنَ كَمَا نَزَلْنَا الأَخَوَاتُ) مَعْنَاهُ تَرْجِيحُ ذَاتِ قَرَابَتَيْنِ ثُمَّ قَرَابَةِ الأُمِّ (ثُمَّ العَمَّاتُ يَنْزِلْنَ كَذٰلِكَ، وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هٰؤُلَاءِ يَسْقُطُ حَقُّهَا) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ زَوْجَ الأُمِّ إِذَا كَانَ أَجْنَبِيًّا يُعْطِيهِ نَزْرًا وَيَنْظُرُ إِلَيْهِ شَزْرًا فَلَا نَظَرَ.

قَالَ: (إِلَّا الجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الجَدُّ) لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ أَبِيهِ فَيَنْظُرُ لَهُ (وَكَذٰلِكَ كُلُّ زَوْجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ) لِقِيَامِ الشَّفَقَةِ نَظَرًا إِلَى القَرَابَةِ القَرِيبَةِ (وَمَنْ سَقَطَ حَقُّهَا بِالتَّزَوُّجِ يَعُودُ إِذَا ارْتَفَعَتِ الزَّوْجِيَّةُ) لِأَنَّ المَانِعَ قَدْ زَالَ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ فَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا) لِأَنَّ الوِلَايَةَ لِلْأَقْرَبِ وَقَدْ

بنت الأخت لأمٍّ ثم إلى الخالة، وبنات الأخت أوْلىٰ من بنات الأخ لأنَّ بنت الأخت تدلى بمن له حقُّ الحضانة، وأمَّا بنات الأعْمام والعمَّات والأخوال والخالات فبمعزلٍ من حقِّ الحضانة لأنَّ قرابتهنَّ لم تتأكَّد بالمحرمية.

قوله: فَأَوْلَاهُمْ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا، وإذا اجتمع إخوةٌ لأبٍ وأمٍّ فأفضلهم صلاحًا وورعًا أحقُّ به لأنَّ ضمَّه إلىٰ أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الأقربُ وضمُّه إلىٰ أبيهم صلاحًا أنفع للولد لأنه يتخلَّقُ بأخْلاقه وإن كانوا في ذلك سواءً فأكبَرهم أحقُّ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الأكبَر الأكبَر».

عُرِفَ التَّرْتِيبُ فِي مَوْضِعِهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا تُدْفَعُ إِلَىٰ عَصَبَةٍ غَيْرِ مُحَرَّمٍ كَمَوْلَى العَتَاقَةِ وَابْنِ العَمِّ تَحَرُّزًا عَنِ الفِتْنَـةِ.

(وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ حَتَّىٰ يَأْكُلَ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ وَيَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّىٰ يَسْتَغْنِيَ فَيَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبُ وَحْدَهُ وَيَلْبَسُ وَحْدَهُ) وَالْمَعْنَىٰ وَاحِدٌ لِأَنَّ تَمَامَ الِاسْتِغْنَاءِ بِالْقُدْرَةِ عَلَى الِاسْتِنْجَاءِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا اسْتَغْنَىٰ يَحْتَاجُ إِلَى التَّأَدُّبِ وَالتَّخَلُّقِ بِآدَابِ الرِّجَالِ وَأَخْلَاقِهِمْ، وَالْأَبُ أَقْدَرُ عَلَى التَّأْدِيبِ وَالتَّثْقِيفِ، وَالْخَصَّافُ قَدَّرَ الِاسْتِغْنَاءَ بِسَبْعِ سِنِينَ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ

قوله: غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا تُدْفَعُ إِلَىٰ عَصَبَةٍ غَيْرِ مُحَرَّمٍ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: فإن لم يكن أحد من العصبة تدفع إلى الأخ لأمٍّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ثم إلىٰ ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: لا حقَّ لذكرٍ من قبل النساء، والتدبير للقاضي يدفع إلىٰ ثقة يحضنه حتى يستغني، وعنه أنَّه يثبت لهم الحقُّ ولا حقَّ لغير المحرم في حضانة الجارية ولا للأمِّ التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: وإذا لم يكن للصغير عصبةٌ يدفع إلى الأخ لأمٍ، ثم إلىٰ ولده، ثم إلى العمِّ لأمٍ، ثم إلى الخال لأبٍ وأمٍ، ثمَّ لأبٍ، ثمَّ لأمٍ، لأنَّ لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في النكاح، ويدفع الذكر إلىٰ مولى العتاقة لأنه آخر العصبات، ولا تدفع الأنثىٰ، ولو كان في الأعمام من لا يؤمن على صبيٍّ وصبيةٍ لفسقه ليس له حقُّ الإمساك.

قوله: اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ، لأنَّ الغالب أنَّ الصبي إذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة

(وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْجَارِيَةِ حَتَّىٰ تَحِيضَ) لِأَنَّ بَعْدَ الِاسْتِغْنَاءِ تَحْتَاجُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ وَالْمَرْأَةُ عَلَىٰ ذٰلِكَ أَقْدَرُ وَبَعْدَ الْبُلُوغِ تَحْتَاجُ إِلَى التَّحْصِينِ وَالْحِفْظِ وَالْأَبُ فِيهِ أَقْوَىٰ وَأَهْدَىٰ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الأَبِ إِذَا بَلَغَتْ حَدَّ الشَّهْوَةِ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى الصِّيَانَةِ.

(وَمَنْ سِوَى الأُمِّ وَالْجَدَّةِ أَحَقُّ بِالْجَارِيَةِ حَتَّىٰ تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَىٰ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّىٰ تَسْتَغْنِيَ) لِأَنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى اسْتِخْدَامِهَا، وَلِهٰذَا لَا تُؤَاجِرُهَا لِلْخِدْمَةِ فَلَا يَحْصُلُ المَقْصُودُ، بِخِلَافِ الأُمِّ وَالْجَدَّةِ لِقُدْرَتِهِمَا عَلَيْهِ شَرْعًا.

قَالَ: (وَالْأَمَةُ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَأُمُّ الوَلَدِ إِذَا أُعْتِقَتْ كَالْحُرَّةِ فِي حَقِّ

والتَّربية فحينئذٍ يستنجي وحده، قال عليه الصلاة والسلام: «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعًا» والأمر بالصلاة لا يكون إلَّا بعد القدرة على الطهارة.

قوله: تَحْتَاجُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ، من الغزل والطبخ وغسل الثياب، وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالىٰ: إذا بلغت حدَّ الشهوة فالأب أحقُّ بها، وذكر في غياث المفتين أنَّ للأب ولاية أخذ الجارية إذا بلغت حدَّ الشهوة، قال: والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان، وإذا بلغت إحدىٰ عشرة سنةً فقد بلغت حدَّ الشهوة في قولهم جميعًا.

قوله: لِأَنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى اسْتِخْدَامِهَا، أي سوى الأم والجدَّة من الأقرباء، مثل الأخوات والخالات والعمَّات لا يقدرن على استخدام الصغير، وذكر في الأقضية أنَّ تعليم الآداب إنَّما يحصل بالاستخدام، واستخدام الصغير لا يحلُّ بغير الأمِّ والجدَّة فلا يحصل معنى التعليم.

الوَلَدِ) لِأَنَّـهُمَا حُرَّتَانِ أَوْ أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ (وَلَيْسَ لَهُمَا قَبْلَ العِتْقِ حَقٌّ فِي الوَلَدِ لِعَجْزِهِمَا) عَنِ الحَضَانَةِ بِالِاشْتِغَالِ بِخِدْمَةِ المَوْلَىٰ (وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الأَدْيَانَ أَوْ يُخَفْ أَنْ يَأْلَفَ الكُفْرَ) لِلنَّظَرِ قَبْلَ ذٰلِكَ وَاحْتِمَالِ الضَّرَرِ بَعْدَهُ (وَلَا خِيَارَ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمَا الخِيَارُ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - خَيَّرَ، وَلَنَا أَنَّـهُ لِقُصُورِ عَقْلِهِ يَخْتَارُ مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَةُ لِتَخْلِيَتِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّعِبِ فَلَا يَتَحَقَّقُ النَّظَرُ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ لَمْ يُخَيِّرُوا، أَمَّا الحَدِيثُ فَقُلْنَا قَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اللّٰهُمَّ اهْدِهِ» فَوُفِّقَ لِاخْتِيَارِهِ الأَنْظَرَ بِدُعَائِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَوْ يُحْمَلُ عَلَىٰ مَا إِذَا كَانَ بَالِغًا.

قوله: وَلَا خِيَارَ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: إذا كان مميزًا يخيَّر بين الأبوين فيكون عند من يختار منهما، ويستوي في هذا الغلام والجارية لِمَا رُوِيَ أنَّ امرأةً جاءت إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت: إنَّ زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقانِي ونفعني، فقال عليه الصلاة والسلام: «هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيِّهما شئتَ» فأخذ بيد أمه فانطلقت به.

قوله: أَوْ يُحْمَلُ عَلَىٰ مَا إِذَا كَانَ بَالِغًا، فإنَّها قالت نفعني وسقانِي من بئر أبي عتبة وتلك البئر لا يستقي منها إلا بالغٌ، ثمَّ الغلام إذا بلغ رشيدًا فله أن ينفرد بالسكنىٰ وليس للأب أن يضمه إلىٰ نفسه إلَّا أن يكون مخوفًا عليه مفسدًا، وأمَّا الجارية إذا كانت بكرًا فللأب أن يضمها إلىٰ نفسه، وكذا الأخ والعم إلَّا أن يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقَّةٍ، وإن كانت ثيبًا لها أن تنفرد بالسكنىٰ وتنزل حيث شاءت إلَّا أن تكون مخوفة علىٰ نفسها فيضمها الأب إليه، وإن كانت البكر قد دخلت في السنِّ واجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها وعمها مخوف عليهما فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يتخوف عليها، لأنَّ الضم

فَصْلٌ
[فِي بَيَانِ حُكْمِ مَنْ يُرِيدُ إِخْرَاجَ الصَّغِيرَةِ إِلى القُرى]

(وَإِذَا أَرَادَتِ المُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِنَ المِصْرِ فَلَيْسَ لَهَا ذٰلِكَ) لِمَا فِيهِ مِنَ الإِضْرَارِ بِالْأَبِ (إِلَّا أَنْ تَخْرُجَ بِهِ إِلَىٰ وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ) لِأَنَّـهُ التَزَمَ المَقَامَ فِيهِ عُرْفًا وَشَرْعًا، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةٍ فَهُوَ مِنْهُمْ» وَلِهٰذَا يَصِيرُ الحَرْبِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا،

كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال حين دخلت في السنّ واجتمع لها عقلها ورأيها، والله تعالى أعلم بالصواب.

فصل
[في بيان حكم من يريد إخراج الصّغيرة إلى القرى]

قوله: وَإِذَا أَرَادَتِ المُطَلَّقَةُ، أي بعد انقضاء العدة.

قوله: مَنْ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةٍ فَهُوَ مِنْهُمْ، أي حكمه حكمهم حتّىٰ أنَّ عُمر رضي الله عنه لمَّا دخل مكة أتمَّ صلاته فقيل له: خالفت السنة، فقال: لم أخالف، وتمسَّك بِهذا الحديث وقال: تزوجتُ بمكة فصرتُ من أهلها.

قوله: وَلِهٰذَا يَصِيرُ الحَرْبِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا، هذا علىٰ ظاهره غير صحيح، فإنَّه ذكر في السير الكبير أنَّ الحربي إذا دخل دارنا بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميًا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام، وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قوبلت مع نسخة المصنف، وقيل في بعض النسخ: وإنَّما لا يصير الحربي به ذميًا لأنه يعارضه ما هو

وَإِنْ أَرَادَتِ الخُرُوجَ إِلَىٰ مِصْرٍ غَيْرِ وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ التَّزَوُّجُ فِيهِ أَشَارَ فِي الكِتَابِ إِلَىٰ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا ذَٰلِكَ، وَهٰذَا رِوَايَةُ كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ لَهَا ذَٰلِكَ لِأَنَّ العَقْدَ مَتَىٰ وُجِدَ فِي مَكَان يُوجِبُ أَحْكَامَهُ فِيهِ كَمَا يُوجِبُ البَيْعُ التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِهِ، وَمِنْ جُمْلَةِ ذَٰلِكَ حَقُّ إِمْسَاكِ الأَوْلَادِ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ التَّزَوُّجَ فِي دَارِ الغُرْبَةِ لَيْسَ

أقوىٰ منه وهو الأنفقة من قبول الجزية، وقيل: أراد الشخص الحربي وهي الحربية فإنَّها بالتزوج تصير ذميةً، ولهذا وقع في بعض المواضع: ولهذا تصير الحربية به ذميةً، وقيل: يرجع الضمير في «به» إلى التزام المقام.

قوله: أَشَارَ فِي الكِتَابِ، أي في مختصر القدوري وهو قوله: إلَّا أن تخرج به إلى وطنها، وقد كان الزوج تزوَّجها فيه وهذا يفيد اشتراط الوطن والتزوج فيه، وإن أرادت الانتقال إلىٰ مصر فيه أصل النكاح وليس بمصرها فلها ذلك في رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك في رواية الأصل، وهذا أصحُّ، وفي عكسه بأن أراد الانتقال إلىٰ مصر هو مصرها لكن لم يكن أصل العقد بِها لم يكن لها أن تنتقل بالأولاد باتفاق الروايات، كذا ذكره الإمام الكسائي رحمه الله تعالى.

قوله: كَمَا يُوجِبُ البَيْعُ التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِهِ، يريد به إذا كان المبيع في مكان العقد ذكر في الفتاوى: أنَّ من باع شعيرًا والشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد، وإن لم يعلم بذلك فهو بالخيار إن شاء سلمه في مكانه وإن شاء فسخ العقد، ولو تعيَّن مكان العقد لما كان للمشتري الخيار، ذكر في شرح الطحاوي: ولو أرادت الانتقال من دار الإسلام إلى دار الحرب ليس لها ذلك وإن كان أصل النكاح وقع هناك وهي حربية بعد أن يكون زوجها مسلمًا أو ذميًا، وإن كان كلاهما حربيين فلها ذلك.

التِزَامًا لِلْمُكْثِ فِيهِ عُرْفًا، وَهٰذَا أَصَحُّ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الأَمْرَيْنِ جَمِيعًا: الوَطَنُ وَوُجُودُ النِّكَاحِ، وَهٰذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَ المِصْرَيْنِ تَفَاوُتٌ، أَمَّا إِذَا تَقَارَبَا بِحَيْثُ يُمْكِنُ لِلْوَالِدِ أَنْ يُطَالِعَ وَلَدَهُ وَيَبِيتَ فِي بَيْتِهِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي القَرْيَتَيْنِ، وَلَوِ انْتَقَلَتْ مِنْ قَرْيَةِ المِصْرِ إِلَى المِصْرِ لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ حَيْثُ يَتَخَلَّقُ بِأَخْلَاقِ أَهْلِ المِصْرِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالْأَبِ، وَفِي عَكْسِهِ ضَرَرٌ بِالصَّغِيرِ لِتَخَلُّقِهِ بِأَخْلَاقِ أَهْلِ السَّوَادِ فَلَيْسَ لَهَا ذٰلِكَ.

قوله: وَلَوِ انْتَقَلَتْ مِنْ قَرْيَةِ المِصْرِ إِلَى المِصْرِ لَا بَأْسَ بِهِ، يريد به إذا كانت قريبة من المصر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ النَّفَقَةِ

قَالَ: (النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَىٰ زَوْجِهَا مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَىٰ مَنْزِلِهِ فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَكِسْوَتُهَا وَسُكْنَاهَا) وَالْأَصْلُ فِي ذٰلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وقَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ حَجَّةِ الوَدَاعِ «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ الِاحْتِبَاسِ

باب النفقات

قوله: النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَىٰ زَوْجِهَا مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَىٰ مَنْزِلِهِ، قال بعض المتأخرين: إذا لم تزف إلى بيت زوجها لا تستحق النفقة، وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه، وذكر في المبسوط: وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وإن لم تنتقل إلى بيت زوجها، والفتوى على ظاهر الرواية، وذكر في المحيط والإيضاح: وإذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل أن يحولها إلى منزله فلها النفقة إذا لم يطالبها الزوج بالنقلة، لأنَّ النفقة حقها والانتقال حقه فإذا لم يطالبها به فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها، وإن طالبها الزوج بالنقلة فإن لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت زوجها فلها النفقة أيضًا، وأما إذا امتنعت عن الانتقال إن كان الامتناع بحق، بأن امتنعت ليستوفي مهرها فلها النفقة، وأما إذا كان الامتناع بغير حق، بأن كان أوفاها المهر، أو كان

فَكُلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِغَيْرِهِ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ، أَصْلُهُ الْقَاضِي وَالْعَامِلُ فِي الصَّدَقَاتِ، وَهٰذِهِ الدَّلَائِلُ لَا فَصْلَ فِيهَا فَتَسْتَوِي فِيهَا الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ (وَيُعْتَبَرُ فِي ذٰلِكَ حَالُهُمَا جَمِيعًا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهٰذَا اخْتِيَارُ الْخَصَّافِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَىٰ، وَتَفْسِيرُهُ أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ تَجِبُ نَفَقَةُ الْيَسَارِ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَنَفَقَةُ الْإِعْسَارِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً وَالزَّوْجُ مُوسِرًا فَنَفَقَتُهَا دُونَ نَفَقَةِ الْمُوسِرَاتِ وَفَوْقَ نَفَقَةِ الْمُعْسِرَاتِ، وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: يُعْتَبَرُ حَالُ الزَّوْجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وَجْهُ الْأَوَّلِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِهِنْدَ امْرَأَةِ أَبِي سُفْيَانَ «خُذِي مِنْ مَالِ

المهر مؤجلاً، أو وهبته منه فلا نفقة لها.

قوله: فَكُلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِغَيْرِهِ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ، ولا يرد على هذا الكل الرهن، فإنه وإن كان محبوسًا بحقٍّ مقصودٍ للمرتَهن وهو الاستيثاق وأن يكون أحقَّ به من سائر الغرماء فكان تجب نفقته على المرتَهن لكن يحصل مقصوده أيضًا وهو أن يكون موفيًا دينه عند الهلاك.

قوله: وَيُعْتَبَرُ فِي ذٰلِكَ حَالُهُمَا - إلى قوله - وَفَوْقَ نَفَقَةِ الْمُعْسِرَاتِ، فإذا كان الزوج موسرًا مفرط اليسار، نحو أن يأكل الحلواء والحَمَل المشوي والباجات، والمرأة فقيرةً بأن كانت تأكل في بيتها خبز الشعير، يطعمها فيما بين ذلك خبز البُرِّ وباجة أو باجتين، وكذلك إن كانت موسرة والزوج معسر، وقال الكرخي رحمه الله تعالى، وهو ظاهر الرواية: يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لقوله تعالى:

زَوْجِكِ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ» اعْتَبَرَ حَالَهَا وَهُوَ الفِقْهُ فَإِنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِطَرِيقِ الكِفَايَةِ، وَالْفَقِيرَةُ لَا تَفْتَقِرُ إِلَىٰ كِفَايَةِ المُوسِرَاتِ فَلَا مَعْنَىٰ لِلزِّيَادَةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجَبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطِبُ بِقَدْرِ وُسْعِهِ وَالْبَاقِي دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ: بِالْمَعْرُوفِ الوَسَطُ وَهُوَ الوَاجِبُ، وَبِهِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَا مَعْنَىٰ لِلتَّقْدِيرِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ عَلَى المُوسِرِ مُدَّانِ وَعَلَى المُعْسِرِ مُدٌّ وَعَلَى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصْفُ مُدٍّ، لِأَنَّ مَا وَجَبَ كِفَايَةً لَا يَتَقَدَّرُ شَرْعًا فِي نَفْسِهِ.

(وَإِنِ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّىٰ يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِحَقٍّ فَكَانَ فَوْتُ الِاحْتِبَاسِ لِمَعْنًى مِنْ قِبَلِهِ فَيُجْعَلُ كَلَا فَائِتٍ.

(وَإِنْ نَشَزَتْ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّىٰ تَعُودَ إِلَىٰ مَنْزِلِهِ) لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ

﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، ووجه الأوّل قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال زوجكِ ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف» اعتبَر حالها والنصُّ يقتضى اعتبار حاله فيعتبر حالهما عملاً بِهما، وكل جواب عرفتَه في النفقة من اعتبار حاله أو حالهما فهو الجواب في الكسوة.

قوله: وَالْبَاقِي دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ، أي بالقضاء أو التصالح.

قوله: وَإِنْ نَشَزَتْ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، فإن قيل: النصُّ مطلق، قلنا: خصَّ بدلالة النص لأنَّ الله تعالى أمر في حق الناشزة بمنع حقها في الصحبة لقوله تعالى: ﴿وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ﴾ [النساء: ٣٤] وهي مشتركة بينهما فلأَن لا تجب النفقة وهي مختصَّة بِها

مِنْهَا، وَإِنْ عَادَتْ جَاءَ الِاحْتِبَاسُ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا امْتَنَعَتْ مِنَ التَّمْكِينِ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ لِأَنَّ الِاحْتِبَاسَ قَائِمٌ وَالزَّوْجُ يَقْدِرُ عَلَى الوَطْءِ كَرْهًا.

(وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَإِنْ سُلِّمَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّ امْتِنَاعَ الِاسْتِمْتَاعِ لِمَعْنًى فِيهَا، وَالِاحْتِبَاسُ المُوجِبُ مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَىٰ مَقْصُودٍ مُسْتَحَقٍّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يُوجَدْ، بِخِلَافِ المَرِيضَةِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا النَّفَقَةُ لِأَنَّهَا عِوَضٌ مِنَ المِلْكِ عِنْدَهُ كَمَا فِي المَمْلُوكَةِ بِمِلْكِ اليَمِينِ، وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنِ المِلْكِ وَلَا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ

أوْلىٰ، والناشزة هي الخارجة عن منزل الزوج المانعة نفسها منه، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكن في بيت الزوج لأنَّ الاحتباس قائمٌ، ولو كان المنزل ملكها فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لأنَّها ناشزة، إلَّا أن تكون سألته أن يحولها إلى منزله أو يكتري لها منزلاً لأنَّ الامتناع هنا فات بمعنًى منه، ولو كان السكنىٰ في أرض الغصب فامتنعت منه لها النفقة لأنَّها ليست بناشزة.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا، أي لا يوطأ مثلها، وإن كانت مثلها توطأ فلها النفقة، والاحتباس ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي إلى الجماع، والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه أيضًا، ولهذا تجب النفقة للرتقاء، والفتقاء، والقرناء، والمرأة التي أصابها بلاء تمنعه عن الجماع، لبقاء الانتفاع بها من حيث الدواعي.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنِ المِلْكِ، ولا يجتمع العوضان عن معوضٍ واحدٍ،

عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا المَهْرُ دُونَ النَّفَقَةِ (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الوَطْءِ وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهَا، وَإِنَّمَا العَجْزُ مِنْ قِبَلِهِ فَصَارَ كَالْمَجْبُوبِ وَالْعِنِّينِ.

(وَإِذَا حُبِسَتْ المَرْأَةُ فِي دَيْنٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ مِنْهَا بِالْمُمَاطَلَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهَا بِأَنْ كَانَتْ عَاجِزَةً فَلَيْسَ مِنْهُ، وَكَذَا إِذَا غَصَبَهَا رَجُلٌ كُرْهًا فَذَهَبَ بِهَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ، وَالْفَتْوَىٰ عَلَى الأَوَّلِ لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ لَيْسَ مِنْهُ لِيُجْعَلَ بَاقِيًا تَقْدِيرًا، وَكَذَا إِذَا حَجَّتْ مَعَ مَحْرَمٍ لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ مِنْهَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ لِأَنَّ إِقَامَةَ الفَرْضِ عُذْرٌ، وَلٰكِنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ لِأَنَّهَا هِيَ المُسْتَحِقَّةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَافَرَ مَعَهَا الزَّوْجُ تَجِبُ النَّفَقَةُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الِاحْتِبَاسَ قَائِمٌ لِقِيَامِهِ عَلَيْهَا وَتَجِبُ نَفَقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ، وَلَا يَجِبُ الكِرَاءُ لِمَا قُلْنَا.

وهذا لأنَّ ما يكون عوضًا عن الملك في المحلِّ يجب جملةً، لأنَّ الملك في المحل يحصل للزوج جملةً، فلمَّا لم يجب جملةً عُلِمَ أنَّ وجوبَها للاحتباس الموصل إلى المستحق بالنكاح.

قوله: وَلٰكِنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الحَضَرِ، أي يعتبَر ما كان قيمة الطعام في الحضر لا ما كان قيمةً له في السفر، لأنَّ هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها، فلا يكون ذلك على الزوج.

(فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا نَفَقَةَ لَهَا إِذَا كَانَ مَرَضًا يَمْنَعُ مِنَ الجِمَاعِ لِفَوْتِ الِاحْتِبَاسِ لِلِاسْتِمْتَاعِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الِاحْتِبَاسَ قَائِمٌ فَإِنَّهُ يَسْتَأْنِسُ بِهَا وَيَمَسُّهَا وَتَحْفَظُ البَيْتَ، وَالْمَانِعُ بِعَارِضٍ فَأَشْبَهَ الحَيْضَ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ مَرِضَتْ تَجِبُ النَّفَقَةُ لِتَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ، وَلَوْ مَرِضَتْ ثُمَّ سَلَّمَتْ لَا تَجِبُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يَصِحَّ قَالُوا هٰذَا حَسَنٌ، وَفِي لَفْظِ الكِتَابِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ.

(قَالَ: وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا وَنَفَقَةُ خَادِمِهَا) المُرَادُ

قوله: فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ، يريدُ به إذا حولت إلىٰ بيته صحيحةً ثم مرضت ينفق عليها.

قوله: وَفِي لَفْظِ الكِتَابِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ، حيث قال: وإن مرضت في منزل الزوج، وهذا إنَّما يكون بعد ما حوَّلت إلىٰ بيته، وإن مرضت ثم حولت إلى بيته فلا نفقة لها عليه، وفي الذخيرة: وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة، وكذلك لو مرضت في منزلها إلَّا أنَّها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقةَ.

قوله: وَنَفَقَةُ خَادِمِهَا، ذكر في الذخيرة: هذا إذا كان للمرأة خادم، أما إذا لم يكن للمرأة خادم لا تفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة، وهو نظير القاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا، وعن زفر رحمه الله تعالىٰ: أنه تفرض لخادم واحد ثمَّ هي تقوم بذلك بنفسها أو تتخذ خادمًا، وفي الذخيرة: ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى في الخادم أي خادم المرأة

بِهٰذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الخَادِمِ، وَلِهٰذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: (وَتُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا نَفَقَةُ خَادِمِهَا)، وَوَجْهُهُ أَنَّ كِفَايَتَهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ، وَهٰذَا مِنْ تَمَامِهَا إِذْ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ (وَلَا يُفْرَضُ لِأَكْثَرَ مِنْ نَفَقَةِ خَادِمٍ وَاحِدٍ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْرَضُ لِخَادِمَيْنِ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا لِمَصَالِحِ الدَّاخِلِ وَإِلَى الآخَرِ لِمَصَالِحِ الخَارِجِ، وَلَهُمَا أَنَّ الوَاحِدَ يَقُومُ بِالْأَمْرَيْنِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى اثْنَيْنِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَوَلَّىٰ كِفَايَتَهَا بِنَفْسِهِ كَانَ كَافِيًا، فَكَذَا إِذَا أَقَامَ الوَاحِدُ مَقَامَ نَفْسِهِ، وَقَالُوا: إِنَّ الزَّوْجَ المُوسِرَ يَلْزَمُهُ مِنْ نَفَقَةِ الخَادِمِ مَا يَلْزَمُ المُعْسِرُ مِنْ نَفَقَةِ امْرَأَتِهِ وَهُوَ أَدْنَى الكِفَايَةِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ لَا تَجِبُ نَفَقَةُ الخَادِمِ عِنْدَ إِعْسَارِهِ وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى المُعْسِرِ أَدْنَى الكِفَايَةِ وَهِيَ قَدْ تَكْتَفِي بِخِدْمَةِ نَفْسِهَا.

يستحق النفقة على الزوج، منهم من قال: للمملوك لها، حتى لو كان حُرًّا ولم يكن مملوكًا لها لا تستحق النفقة، ومنهم من قال: كل من يخدمها، حرًّا كان أو مملوكًا لها لغيرها تستحقُّ، وفي فتاوى سمرقند: أنَّ المرأة إذا كانت من بنات الأشراف ولها خدم بر الزوج على نفقة خادمين، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنَّها إذا كانت فائقةً بنت فائق زفت إلى زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلها، فإن قال لامرأته لا أنفق على أحد من خدمك ولكن أعطي خادمًا من خدمي ليخدمك فأبت يجبر على نفقة خادم من خدمها، فربَّما لا يتهيَّأ لها استخدام خدمه.

(وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرَّقُ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفْرِيقِ كَمَا فِي الجَبِّ وَالْعُنَّةِ، بَلْ أَوْلَىٰ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ أَقْوَىٰ، وَلَنَا أَنَّ حَقَّهُ يَبْطُلُ وَحَقَّهَا يَتَأَخَّرُ، وَالْأَوَّلُ أَقْوَىٰ فِي الضَّرَرِ، وَهٰذَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ دَيْنًا بِفَرْضِ القَاضِي فَتَسْتَوْفِي الزَّمَانَ الثَّانِي، وَفَوْتُ المَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي النِّكَاحِ لَا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ التَّنَاسُلُ، وَفَائِدَةُ الأَمْرِ بِالِاسْتِدَانَةِ مَعَ الفَرْضِ أَنْ يُمَكِّنَهَا إِحَالَةَ الغَرِيمِ عَلَى الزَّوْجِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الِاسْتِدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي كَانَتِ المُطَالَبَةُ عَلَيْهَا دُونَ الزَّوْجِ.

(وَإِذَا قَضَى القَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ) لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَمَا قَضَىٰ بِهِ تَقْدِيرٌ لِنَفَقَةٍ لَمْ تَجِبْ، فَإِذَا تَبَدَّلَ حَالُهُ فَلَهَا المُطَالَبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا.

(وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا وَطَالَبَتْهُ بِذٰلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ القَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ لَوْ صَالَحَتِ الزَّوْجَ عَلَىٰ مِقْدَارِ

قوله: وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ، ذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه أنَّ تفسير الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج.

قوله: وَفَائِدَةُ الأَمْرِ بِالِاسْتِدَانَةِ، أنه إذا استدانت على الزوج بأمر القاضي فلربِّ الدين أن يرجع بذلك على الزوج كما له أن يأخذ من المستدينة.

نَفَقَتِهَا فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَىٰ) لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَلَيْسَتْ بِعِوَضٍ عِنْدَنَا عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَلَا يُسْتَحْكَمُ الوُجُوبُ فِيهَا إِلَّا بِالْقَضَاءِ كَالْهِبَةِ لَا تُوجِبُ المِلْكَ إِلَّا بِمُؤَكِّدٍ وَهُوَ القَبْضُ وَالصُّلْحُ بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَقْوَىٰ مِنْ وِلَايَةِ القَاضِي، بِخِلَافِ المَهْرِ لِأَنَّهُ عِوَضٌ.

(وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَىٰ شُهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ) وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الزَّوْجَةُ لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَالصِّلَاتُ تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ كَالْهِبَةِ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ القَبْضِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ -رَحِمَهُ اللهُ- تَصِيرُ دَيْنًا قَبْلَ القَضَاءِ وَلَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عِنْدَهُ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَجَوَابُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ.

قوله: لِأَنَّ وِلَايَتَهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَقْوَىٰ مِنْ وِلَايَةِ القَاضِي، حيث يثبت الحق عليه بإقراره علىٰ نفسه بدون الحجة، ولا تثبت ولاية القاضي بدون الحجة.

قوله: وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَىٰ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَىٰ شُهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ، هذا إذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة، فأمَّا إذا أمرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما لا يبطل ذلك، هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر، وذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه أنه يبطل أيضًا، والصحيح ما ذكر في المختصر لأنَّ استدانتها بأمر القاضي وللقاضي ولاية عليه بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو أنَّ الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما، كذا هنا.

قوله: وَالصِّلَاتُ تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ، لا يُقال: لو كانت النفقة صلةً لما وجبت على المكاتب، لأنَّا نقول: أنَّها صلة من وجه، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج.

(وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ) أَيْ عَجَّلَهَا (ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهَا شَيْءٌ وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - يُحْتَسَبُ لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَىٰ وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِلزَّوْجِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الكِسْوَةُ لِأَنَّهَا اسْتَعْجَلَتْ عِوَضًا عَمَّا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ بِالِاحْتِبَاسِ، وَقَدْ بَطَلَ الِاسْتِحْقَاقُ بِالْمَوْتِ فَيَبْطُلُ العِوَضُ بِقَدْرِهِ كَرِزْقِ القَاضِي وَعَطَاءِ المُقَاتَلَةِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ صِلَةٌ وَقَدِ اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ وَلَا رُجُوعَ فِي الصِّلَاتِ بَعْدَ المَوْتِ لِانْتِهَاءِ حُكْمِهَا كَمَا فِي الهِبَةِ، وَلِهٰذَا لَوْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِهْلَاكٍ لَا يُسْتَرَدُّ شَيْءٌ مِنْهَا بِالْإِجْمَاعِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا إِذَا قَبَضَتْ نَفَقَةَ الشَّهْرِ أَوْ مَا دُونَهُ لَا يُسْتَرْجَعُ مِنْهَا شَيْءٌ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ فَصَارَ فِي حُكْمِ الحَالِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً فَنَفَقَتُهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا تَزَوَّجَ بِإِذْنِ المَوْلَىٰ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ وَقَدْ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَوْلَىٰ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ كَدَيْنِ التِّجَارَةِ فِي العَبْدِ التَّاجِرِ، وَلَهُ أَنْ يَفْدِيَ لِأَنَّ حَقَّهَا فِي النَّفَقَةِ لَا فِي عَيْنِ الرَّقَبَةِ، فَلَوْ مَاتَ العَبْدُ

قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً فَنَفَقَتُهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهَا، فإن بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرَّةً أخرىٰ يباع العبد ثانيًا، قال شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه: وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرَّةً بعد أخرىٰ إلَّا النفقة.

سَقَطَتْ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً فَبَوَّأَهَا مَوْلَاهَا مَعَهُ مَنْزِلًا فَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ تَحَقَّقَ الِاحْتِبَاسُ (وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِعَدَمِ الِاحْتِبَاسِ، وَالتَّبْوِئَةُ أَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ فِي مَنْزِلِهِ وَلَا يَسْتَخْدِمَهَا، وَلَوِ اسْتَخْدَمَهَا بَعْدَ التَّبْوِئَةِ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ لِأَنَّهُ فَاتَ الِاحْتِبَاسُ، وَالتَّبْوِئَةُ غَيْرُ لَازِمَةٍ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، وَلَوْ خَدَمَتْهُ الجَارِيَةُ أَحْيَانًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا لَا تَسْقُطُ النَّفَقَةُ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَخْدِمْهَا لِيَكُونَ اسْتِرْدَادًا، وَالْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ فِي هٰذَا كَالْأَمَةِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَكَذَا إِذَا قُتِلَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ، وقيل: إذا قتل كانت النفقة في قيمته، قال الشيخ أبو الحسن القدوري رحمه الله تعالىٰ: وهذا ليس بصحيح لأنَّ القيمة إنما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

(وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُفْرَدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذٰلِكَ) لِأَنَّ السُّكْنَىٰ مِنْ كِفَايَتِهَا فَتَجِبُ لَهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللهُ تَعَالَىٰ مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ، وَإِذَا وَجَبَ حَقًّا لَهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشْرِكَ غَيْرَهَا فِيهِ لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ، فَإِنَّهَا لَا تَأْمَنُ عَلَىٰ مَتَاعِهَا، وَيَمْنَعُهَا ذٰلِكَ مِنَ الْمُعَاشَرَةِ مَعَ زَوْجِهَا وَمِنَ الِاسْتِمْتَاعِ، إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِانْتِقَاصِ حَقِّهَا (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا) لِمَا بَيَّنَّا وَلَوْ أَسْكَنَهَا فِي بَيْتٍ مِنَ الدَّارِ مُفْرَدٍ وَلَهُ غَلْقٌ كَفَاهَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ

فصل

قوله: وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللهُ تَعَالَىٰ مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ، وهو قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] قال الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالىٰ: تأويل هذه الآية: اسكنوهنَّ من حيث سكنتم وأنفقوا عليهنَّ من وجدكم، يدل على صحة هذا التأويل قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: وأنفقوا عليهنَّ من وجدكم.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي لأنَّها يتصوَّر به، فإن أسكنها في منزل ليس فيها أحد فشكت إلى القاضي أنَّ الزوج يضربُها ويؤذيها وسألت من القاضي أن يأمره بأن يسكنها بين قوم صالحين، فإن عَلِم القاضي أنَّ الأمر كما قالت المرأة زجَره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها، وإن ذكروا أنَّه لا يؤذيها تركها، وإن لم يكن في جواره من يوثق به، أو

قَدْ حَصَلَ.

(وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيْهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلَهَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الْمَنْزِلَ مِلْكُهُ فَلَهُ حَقُّ الْمَنْعِ مِنْ دُخُولِ مِلْكِهِ (وَلَا يَمْنَعُهُمْ مِنَ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَكَلَامِهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ اخْتَارُوا) لِمَا فِيهِ مِنْ قَطِيعَةِ الرَّحِمِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي ذٰلِكَ ضَرَرٌ، وَقِيلَ: لَا يَمْنَعُهَا مِنَ الدُّخُولِ وَالْكَلَامِ وَإِنَّمَا يَمْنَعُهُمْ مِنَ الْقَرَارِ وَالدَّوَامِ لِأَنَّ الْفِتْنَةَ فِي اللَّبَاثِ وَتَطْوِيلِ الْكَلَامِ، وَقِيلَ: لَا يَمْنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى الْوَالِدَيْنِ وَلَا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا فِي كُلِّ جُمُعَةٍ، وَفِي غَيْرِهِمَا مِنَ الْمَحَارِمِ التَّقْدِيرُ بِسَنَةٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذٰلِكَ وَلَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالزَّوْجِيَّةِ الْوَدِيعَةِ

كانوا يميلون إليه، أمره أن يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم وبنى الأمر علىٰ خبرهم، كذا في نكاح الذخيرة.

قوله: وَفِي غَيْرِهِمَا مِنَ الْمَحَارِمِ التَّقْدِيرُ بِسَنَةٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، احترازٌ عن قول محمد بن مقاتل الرازي فإنه يقول: لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر.

قوله: لِأَنَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ حَقَّهَا، فكان قضاء القاضي فتوى منه وإعانةً على أخذ الحقِّ لا قضاءً، إذ القضاء إلزامُ أمرٍ لم يكن لازمًا قبل القضاء، ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء، فكان القضاء إيفاءً لما وجب فجاز، فإن قيل: يشكل على هذا ما لو أحصر صاحب الدين غريمًا أو مودعًا للغائب وهما معترفان بأنَّ هذا المدعي له دينٌ على

فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّ حَقَّ الأَخْذِ لَهَا؛ لِأَنَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ حَقَّهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِقْرَارُ صَاحِبِ اليَدِ مَقْبُولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لَا سِيَّمَا هَاهُنَا فَإِنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَحَدَ الأَمْرَيْنِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المَرْأَةِ فِيهِ لِأَنَّ المُودَعَ لَيْسَ بِخَصْمٍ فِي إِثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ عَلَيْهِ وَلَا المَرْأَةُ خَصْمٌ فِي إِثْبَاتِ حُقُوقِ الغَائِبِ، وَإِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِ تَعَدَّىٰ إِلَى الغَائِبِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَالُ فِي يَدِهِ مُضَارَبَةً، وَكَذَا الجَوَابُ فِي الدَّيْنِ، وَهٰذَا كُلُّهُ

الغائب لا يأمر القاضي بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وإن كانا معترفين بالدين وبمال الغائب، قلنا: لأنَّ القاضي يأمر في حقِّ الغائب بما هو نظر له وفي الأمر بإنفاق المرأة نظر له بإبقاء ملكه وليس في قضاء الدين إبقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير.

قوله: لَا سِيَّمَا هَاهُنَا، فإنَّ صاحبَ اليد لو أنكر الزوجية أو كونه مال الغائب لا يمكن للمرأة إقامة البينة، لا على الزوجية ولا على كونها مال الغائب، فتعيَّن هذا الإقرار طريقًا لوصول الحقِّ إلى المستحقِّ، فكان أَوْلىٰ بالقبول من إقرارٍ كان لصاحب الحقِّ إمكان إثبات حقِّه بدون إقراره بالبينة.

قوله: لِأَنَّ المُودَعَ لَيْسَ بِخَصْمٍ فِي إِثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ عَلَيْهِ، كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أَوَّلاً: تقبل بينتها على الزوجية لأنَّها تدعي حقًّا لها في يده من المال بسببٍ، فكان خصمًا في إثبات ذلك السبب، كمن ادعى عينًا في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب، ثم رجع وقال: لا تقبل بينتها على ذلك، وهو قولهما لأنَّها تثبت النكاح على الغائب، والمودع والمديون ليسا بخصمٍ عن الغائب في إثبات النكاح عليه بالبينة، كذا في المبسوط.

قوله: وَكَذَا الجَوَابُ فِي الدَّيْنِ، يعني مديون الغائب لو أقرَّ بدينه وبالزوجية فالحكم كذلك.

إِذَا كَانَ المَالُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ طَعَامًا أَوْ كِسْوَةً مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ لَا تُفْرَضُ النَّفَقَةُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى البَيْعِ، وَلَا يُبَاعُ مَالُ الغَائِبِ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ عَلَى الحَاضِرِ وَكَذَا عَلَى الغَائِبِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ يَقْضِي عَلَى الحَاضِرِ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ لَا يَقْضِي عَلَى الغَائِبِ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ.

قَالَ: (وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا) نَظَرًا لِلْغَائِبِ لِأَنَّهَا رُبَّمَا اسْتَوْفَتِ النَّفَقَةَ أَوْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَرْقٌ بَيْنَ هٰذَا وَبَيْنَ المِيرَاثِ إِذَا قُسِّمَ بَيْنَ وَرَثَةٍ حُضُورٍ بِالْبَيِّنَةِ وَلَمْ يَقُولُوا: لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا آخَرَ حَيْثُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمُ الكَفِيلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ هُنَاكَ المَكْفُولَ لَهُ مَجْهُولٌ وَهَاهُنَا مَعْلُومٌ وَهُوَ الزَّوْجُ وَيُحَلِّفُهَا بِاللهِ مَا أَعْطَاهَا النَّفَقَةَ نَظَرًا لِلْغَائِبِ.

قوله: أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فَلِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ عَلَى الحَاضِرِ، لأنَّ البيع عليه يكون علىٰ طريق الحجر، وأبو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لا يرى الحجر على الحرِّ العاقل البالغ.

قوله: وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا، أي بالنفقة، قال شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه: يحلفها أنه لم يعطها النفقة، فإذا حلفت أعطاها النفقة وأخذ منها كفيلاً، وفي أدب القاضي للخصَّاف: أنَّ القاضي إذا استوثق منها بكفيلٍ فحسنٌ، وإن لم يأخذ كان جائزًا، قال الصدر الشهيد رحمة الله تعالى عليه: والصحيح ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه.

قَالَ: (وَلَا يُقْضَىٰ بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لِهٰؤُلَاءِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ هُوَ أَنَّ نَفَقَةَ هٰؤُلَاءِ وَاجِبَةٌ قَبْلَ قَضَاءِ القَاضِي وَلِهٰذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا قَبْلَ القَضَاءِ فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إِعَانَةً لَهُمْ، أَمَّا غَيْرُهُمْ مِنَ المَحَارِمِ فَنَفَقَتُهُمْ إِنَّمَا تَجِبُ بِالْقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمَ القَاضِي بِذٰلِكَ وَلَمْ يَكُنْ مُقِرًّا بِهِ فَأَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ أَوْ لَمْ يُخَلِّفْ مَالًا فَأَقَامَتِ البَيِّنَةَ لِيَفْرِضَ القَاضِي نَفَقَتَهَا عَلَى الغَائِبِ وَيَأْمُرَهَا بِالِاسْتِدَانَةِ لَا يَقْضِي القَاضِي بِذٰلِكَ لِأَنَّ فِي ذٰلِكَ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَقْضِي فِيهِ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهَا وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الغَائِبِ، فَإِنَّهُ لَوْ حَضَرَ وَصَدَّقَهَا فَقَدْ أَخَذَتْ حَقَّهَا، وَإِنْ جَحَدَ يَحْلِفْ، فَإِنْ نَكَلَ فَقَدْ صَدَقَ، وَإِنْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّهَا، وَإِنْ عَجَزَتْ يَضْمَنُ الكَفِيلُ أَوِ المَرْأَةُ،

قوله: إِنَّمَا تَجِبُ بِالْقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، فعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين، ولهذا قلنا: لو ظفر واحد من الأقارب بجنس حقِّه لم يكن له الأخذ إلَّا بقضاءٍ أو رضاءٍ، فالحاصل أنَّ ما كان مختلفًا فيه لا يتقوى إلَّا بقضاء القاضي، وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب، فأمَّا ما كان متفقًا عليه فهو ثابت بنفسه، ولصاحب الحقِّ أن يمدَّ يده ويأخذه من غير قضاء القاضي، فكان حكم القاضي إعانةً لا قضاءً.

قوله: وَإِنْ جَحَدَ يَحْلِفْ، أي إن لم تكن للمرأة بينةٌ.

قوله: وَإِنْ عَجَزَتْ يَضْمَنُ الكَفِيلُ، أي إن عجزت المرأة عن إقامة البيِّنة وقد حلف

وَعَمَلُ الْقُضَاةِ الْيَوْمَ عَلَىٰ هٰذَا أَنَّهُ يُقْضَىٰ بِالنَّفَقَةِ عَلَى الْغَائِبِ لِحَاجَةِ النَّاسِ وَهُوَ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، وَفِي هٰذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا فَلَمْ نَذْكُرْهَا.

الزوج وقد أنفق القاضي عليها من مال الزوج يضمن الكفيل والمرأة.

قوله: وَعَمَلُ الْقُضَاةِ الْيَوْمَ عَلَىٰ هٰذَا، أي علىٰ قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس، وهو مجتهد فيه، وقال في المحيط: وهو أرفق بِهم، وإن أنفق المودع أو المديون على والد ربِّ الدين وولده أو امرأته بغير أمره ضمن المودع ولا يبرأ المديون، ولكن لا يرجع المنفق على من أنفق.

قوله: وَفِي هٰذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا، كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً: يقضى بالنفقة على الغائب، ثم رجع وقال: لا يقضى، وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا يقضى قولاً واحدًا، وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولاً: تقبل بينتها على الزوجية، ثم رجع وقال: لا تقبل، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَىٰ فِي عِدَّتِهَا رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا نَفَقَةَ لِلْمَبْتُوتَةِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَلِأَنَّ النِّكَاحَ بَعْدَهُ قَائِمٌ لَا سِيَّمَا عِنْدَنَا فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الوَطْءُ، وَأَمَّا البَائِنُ فَوَجْهُ قَوْلِهِ مَا رُوِيَ «عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ قَالَتْ: طَلَّقَنِي زَوْجِي ثَلَاثًا فَلَمْ يَفْرِضْ لِي رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سُكْنَىٰ وَلَا نَفَقَةً» وَلِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ وَهِيَ مُرَتَّبَةٌ عَلَى المِلْكِ وَلِهٰذَا لَا تَجِبُ لِلْمُتَوَفَّىٰ

فصل

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا نَفَقَةَ لِلْمَبْتُوتَةِ، وهي المطلقة ثلاثًا أو بعوضٍ حتى بانت عندهم جميعًا، إلَّا إذا كانت حاملاً لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فإن قيل: فمن أين يعلم أنَّ هذه الآية في حق المطلَّقات؟ قلنا: علم ذلك من آخر الآية: ﴿حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ والنفقة في غير المطلَّقات غير مغيات بوضع الحمل، فإن قيل: لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل في النصِّ فائدةٌ، حيث قال: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ قلنا: لذكر الشرط والتخصيص فائدةٌ سوى النفي وهي أنه: إنَّما خصَّ الحامل بالذكر لأنَّ الحامل إنما تستحقُّ النفقة بقدر ثلاثة أقراءٍ، فيقع الاشكال أنَّ الحامل تستحق بذلك القدر أو الزيادة إلىٰ تمام مدَّة الحمل وإن طالت، فأزال الإشكال وقال: لها النفقة في جميع مدَّة الحمل حتَّىٰ يضعن حملهنَّ.

عَنْهَا زَوْجُهَا لِانْعِدَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا لِأَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] الآيَةَ، وَلَنَا أَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ احْتِبَاسٍ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَالِاحْتِبَاسُ قَائِمٌ فِي حَقِّ حُكْمٍ مَقْصُودٍ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ الوَلَدُ إِذِ العِدَّةُ وَاجِبَةٌ لِصِيَانَةِ الوَلَدِ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ وَلِهٰذَا كَانَ لَهَا السُّكْنَىٰ بِالْإِجْمَاعِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ رَدَّهُ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ قَالَ: لَا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي صَدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ حَفِظَتْ أَمْ نَسِيَتْ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: «لِلْمُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَىٰ مَا دَامَتْ فِي العِدَّةِ» وَرَدَّهُ أَيْضًا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَجَابِرٌ وَعَائِشَةُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

قوله: وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا رَدَّهُ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ فَإِنَّهُ قَالَ: لَا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي صَدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ، ذكر فخر الإسلام رحمة الله تعالى عليه في أصول الفقه: وقال عيسى ابن أبان: أراد بالكتاب والسنَّة القياس، وهو أنَّ النفقة والسكنى تعلَّقا بالنكاح والعدة من حقوقه، فكما بقي باعتبار هذا الحقِّ استحقاق السكنىٰ فكذا النفقة، وقد رُوِيَ أنَّ زوجها أسامة بن زيد إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده، وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنَّها قالت: تلك امرأة فتنت العالَم، أي بروايتها هذا الحديث، وإن ثَبَتَ فتأويله أنَّ زوجها خرج إلى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبت ذلك ولم يكن الزوج حاضرًا ليقضى عليه بشيءٍ آخر.

(وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّىٰ عَنْهَا زَوْجُهَا) لِأَنَّ احْتِبَاسَهَا لَيْسَ لِحَقِّ الزَّوْجِ بَلْ لِحَقِّ الشَّرْعِ فَإِنَّ التَّرَبُّصَ عِبَادَةٌ مِنْهَا، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَعْنَى التَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَيْسَ بِمُرَاعًى فِيهِ حَتَّىٰ لَا يُشْتَرَطَ فِيهَا الحَيْضُ فَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهَا عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ شَيْئًا فَشَيْئًا وَلَا مِلْكَ لَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَلَا يُمْكِنُ إِيجَابُهَا فِي مِلْكِ الوَرَثَةِ (وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ مِثْلَ الرِّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّهَا صَارَتْ حَابِسَةً نَفْسَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَارَتْ كَمَا إِذَا كَانَتْ نَاشِزَةً، بِخِلَافِ المَهْرِ بَعْدَ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ وُجِدَ التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ المَهْرِ بِالْوَطْءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ العِتْقِ وَخِيَارِ البُلُوغِ وَالتَّفْرِيقِ لِعَدَمِ الكَفَاءَةِ لِأَنَّهَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا بِحَقٍّ وَذٰلِكَ لَا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ كَمَا إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا لِاسْتِيفَاءِ المَهْرِ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَّنَتِ

قوله: وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ ... فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، أمَّا السكنىٰ فواجبةٌ لها بأيِّ فرقةٍ كانت، لأنَّ القرار في البيت مستحقٌّ عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها، وأمَّا النفقة فواجبةٌ لها فيسقطُ ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصيةٍ، وإن جامعها ابن الزوج مكرهةً تقع الفرقة ولا تسقط النفقة.

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، لا لعين الردَّة، ولكن لأنَّها تحبسُ فلا تكون في بيت زوجها والمحبوسة بحقٍّ عليها لا تستوجب نفقة حال قيام

ابْنَ زَوْجِهَا) مِنْ نَفْسِهَا (فَلَهَا النَّفَقَةُ) مَعْنَاهُ: مَكَّنَتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الفُرْقَةَ تَثْبُتُ بِالطَّلْقَاتِ الثَّلَاثِ وَلَا عَمَلَ فِيهَا لِلرِّدَّةِ وَالتَّمْكِينِ، إِلَّا أَنَّ المُرْتَدَّةَ تُحْبَسُ حَتَّىٰ تَتُوبَ، وَلَا نَفَقَةَ لِلْمَحْبُوسَةِ، وَالْمُمَكِّنَةُ لَا تُحْبَسُ فَلِهٰذَا يَقَعُ الفَرْقُ.

النكاح، كالمحبوسة بالدين، فكذا لا تستوجب نفقةً في العدَّة حتَّىٰ إذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة.

قوله: مَعْنَاهُ: مَكَّنَتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ، هذا إذا كان الطلاق بائنًا أو ثلاثًا، وأمَّا المعتدة عن طلاق رجعيٍّ إذا مكَّنت ابنه أو ارتدَّت فحبست أوَّلاً فلا نفقة لها، لأنَّ النكاح باقٍ فكانت الفرقة حاصلة بمعصيةٍ فتسقط النفقة، ولا كذلك في الطلاق البائن، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

[نَفَقَةِ الأَوْلَاد]

(وَنَفَقَةُ الأَوْلَادِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ كَمَا لَا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَالْمَوْلُودُ لَهُ هُوَ الأَبُ (فَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَىٰ أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الكِفَايَةَ عَلَى الأَبِ وَأُجْرَةَ الرَّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ وَلِأَنَّهَا عَسَاهَا لَا تَقْدِرُ عَلَيْهِ لِعُذْرٍ بِهَا فَلَا مَعْنَىٰ لِلْجَبْرِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]

فصل

[نفقة الأولاد]

قوله: وَنَفَقَةُ الأَوْلَادِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وجه التمسُّك بهذه الآية أنَّ المولود له هو الأب، فلمَّا وجبت نفقة المرضعات على الوالد بسبب الولد فنفقة الولد أَوْلىٰ أن تجب، ولأنَّ اللام في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ للاختصاص، فصار الولد كالعبد، ونفقة العبد تجب على المولىٰ لا يشاركه غير المولىٰ، فكذا هنا، وفي المبسوط: ويجبَر الرجل على نفقة أولاده الصغار بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] والنفقة بعد الفِطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك، إذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة.

قوله: فَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَىٰ أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ، وعند مالك رحمة الله تعالى عليه تجبَر إن لم تكن شريفةً.

بِإِلْزَامِهَا الإِرْضَاعَ مَعَ كَرَاهَتِهَا، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا بَيَانُ الحُكْمِ، وَذٰلِكَ إِذَا كَانَ يُوجَدُ مَنْ تُرْضِعُهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ لَا تُوجَدُ مَنْ تُرْضِعُهُ تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَى الإِرْضَاعِ صِيَانَةً لِلصَّبِيِّ عَنِ الضَّيَاعِ.

قَالَ: (وَيَسْتَأْجِرُ الأَبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا) أَمَّا اسْتِئْجَارُ الأَبِ فَلِأَنَّ الْأَجْرَ عَلَيْهِ، وَقَوْلُهُ عِنْدَهَا مَعْنَاهُ إِذَا أَرَادَتْ ذٰلِكَ لِأَنَّ الحَجْرَ لَهَا.

(وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا) لَمْ يَجُزْ لِأَنَّ الإِرْضَاعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا دِيَانَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إِلَّا أَنَّهَا عُذِرَتْ لِاحْتِمَالِ عَجْزِهَا، فَإِذَا أَقْدَمَتْ عَلَيْهِ بِالْأَجْرِ ظَهَرَتْ قُدْرَتُهَا فَكَانَ الفِعْلُ وَاجِبًا عَلَيْهَا فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الأَجْرِ عَلَيْهِ، وَهٰذَا فِي المُعْتَدَّةِ عَنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ، وَكَذَا فِي المَبْتُوتَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ لَا تُوجَدُ مَنْ تُرْضِعُهُ تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَى الإِرْضَاعِ، قيل: لا تجبَر الأمُّ في ظاهر الرواية لأنَّ الولد يتغذَّى بالدهن وسائر المائعات فلا يؤدي إلى الضياع، وإلى الأوَّل مال القدوري وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّ الإِرْضَاعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا دِيَانَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾، فهو أمرٌ بصيغة الخبر، ولأنَّ عقد النكاح للسكن ولا سكن إلَّا بعد اجتماعهما على إقامة المصالح ومن جملة ذلك الإرضاع، وأصل هذا ما رُوِيَ أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم جعل أمور خارج البيت علىٰ عليٍّ رضي الله تعالى عنه، وأمور داخله علىٰ فاطمة رضي الله تعالى عنها.

رِوَايَةٍ أُخْرَىٰ: جَازَ اسْتِئْجَارُهَا لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ، وَجْهُ الأُولَىٰ أَنَّهُ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الأَحْكَامِ.

(وَلَوِ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ مَنْكُوحَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِإِرْضَاعِ ابْنٍ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا جَازَ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا (وَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا) يَعْنِي لِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا (جَازَ) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالْكُلِّيَّةِ وَصَارَتْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ (فَإِنْ قَالَ الأَبُ لَا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتِ الأُمُّ بِمِثْلِ أَجْرِ الأَجْنَبِيَّةِ أَوْ رَضِيَتْ بِغَيْرِ أَجْرٍ) كَانَتْ هِيَ أَحَقَّ لِأَنَّهَا أَشْفَقُ فَكَانَ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهَا (وَإِنِ التَمَسَتْ زِيَادَةً لَمْ يُجْبَرِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أَيْ بِإِلْزَامِهِ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةِ الأَجْنَبِيَّةِ.

(وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَىٰ أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ

قوله: وَجْهُ الأُولَىٰ أَنَّهُ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الأَحْكَامِ، ولهذا تجب النفقة فيها، ولو دفع زكاته إلىٰ معتدَّته عن طلاقٍ بائنٍ أو ثلاثٍ، أو شهد لمعتدَّته عن طلاقٍ بائنٍ أو ثلاثٍ لم يجز، فلا يصحُّ استيجارها، كما في حال قيام النكاح.

قوله: وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَىٰ أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، بأن أسلم الابن والأب كافر، أو أسلمت أمُّ الصغير والأب كافر، أو ارتدَّ الصغير والعياذ بالله والأب مسلمٌ، لِمَا أنَّ إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيحٌ، ثم الوالد إذا لم يكن له مالٌ فأبىٰ أن يكتسب

الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الوَلَدُ فَلِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا، وَلِأَنَّهُ جُزْؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعْنَىٰ نَفْسِهِ، وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَلِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ العَقْدُ الصَّحِيحُ فَإِنَّهُ بِإِزَاءِ الِاحْتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ، وَقَدْ صَحَّ العَقْدُ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالْكَافِرَةِ وَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ الِاحْتِبَاسُ فَوَجَبَتِ النَّفَقَةُ، وَفِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِنَّمَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَالٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَالْأَصْلُ أَنَّ نَفَقَةَ الإِنْسَانِ فِي مَالِ نَفْسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا.

وينفق على أولاده يجبَر على ذلك ويحبس، بخلاف سائر الديون، فإن كان الأب عاجزًا عن الكسب لِمَا به من الزمانة أو كان معقدًا يتكفَّف الناس وينفق عليهم، هكذا ذكر في نفقات الخصَّاف رحمة الله تعالىٰ عليه، ومن المتأخرين من قال: نفقة الأولاد في مثل هذه الصورة في بيت المال، لأنه إذا كان بِهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال، فكذا نفقة أولاده، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

***

فَصْلٌ

[نَفَقَةُ الآبَاءِ والأَجْدَادِ والخَادم]

(وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَىٰ أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الأَبَوَانِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] نَزَلَتِ الآيَةُ فِي الأَبَوَيْنِ الكَافِرَيْنِ، وَلَيْسَ مِنَ المَعْرُوفِ أَنْ يَعِيشَ فِي نِعَمِ اللهِ تَعَالَىٰ وَيَتْرُكَهُمَا يَمُوتَانِ جُوعًا، وَأَمَّا الأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ فَلِأَنَّهُمْ مِنَ الآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ وَلِهٰذَا يَقُومُ الجَدُّ مَقَامَ الأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ وَلِأَنَّهُمْ سَبَّبُوا لِإِحْيَائِهِ فَاسْتَوْجَبُوا عَلَيْهِ الإِحْيَاءَ بِمَنْزِلَةِ الأَبَوَيْنِ، وَشُرِطَ الفَقْرُ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَا مَالٍ، فَإِيجَابُ نَفَقَتِهِ

فصل

قوله: وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَىٰ أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ – إلى قوله – وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ، معناه إذا كانوا من أهل الذمة، أمَّا إذا كانوا في أهل الحرب فلا نفقةَ لهم.

قوله: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ نَزَلَتِ الآيَةُ فِي الأَبَوَيْنِ الكَافِرَيْنِ، دلَّ عليه السياق وهو قوله تعالى: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ﴾ أي في أمور الدنيا بالمعروف، وهي الطاعة لهما فيما لا يفسد عليكَ دينكَ، وفسَّر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا.

فِي مَالِهِ أَوْلَىٰ مِنْ إِيجَابِهَا فِي مَالِ غَيْرِهِ، وَلَا يُمْنَعُ ذٰلِكَ بِاخْتِلَافِ الدِّينِ لِمَا تَلَوْنَا (وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْأَبَوَيْنِ وَالْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَالْوَلَدِ وَوَلَدِ الوَلَدِ) أَمَّا الزَّوْجَةُ فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهَا بِالْعَقْدِ لِاحْتِبَاسِهَا لِحَقٍّ لَهُ مَقْصُودٍ، وَهٰذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِاتِّحَادِ المِلَّةِ، وَأَمَّا غَيْرُهَا فَلِأَنَّ الجُزْئِيَّةَ ثَابِتَةٌ وَجُزْءَ المَرْءِ فِي مَعْنَىٰ نَفْسِهِ، فَكَمَا لَا يُمْتَنَعُ نَفَقَةُ نَفْسِهِ لِكُفْرِهِ لَا يُمْتَنَعُ نَفَقَةُ جُزْئِهِ إِلَّا أَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا حَرْبِيِّينَ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ عَلَى المُسْلِمِ وَإِنْ كَانُوا مُسْتَأْمَنِينَ، لِأَنَّا نُهِينَا عَنِ البِرِّ فِي حَقِّ مَنْ يُقَاتِلُنَا فِي الدِّينِ.

(وَلَا تَجِبُ عَلَى النَّصْرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخِيهِ المُسْلِمِ) وَكَذَا لَا تَجِبُ عَلَى المُسْلِمِ نَفَقَةُ أَخُوهُ النَّصْرَانِيِّ لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْإِرْثِ بِالنَّصِّ بِخِلَافِ العِتْقِ عِنْدَ المِلْكِ لِأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ بِالْحَدِيثِ،

قوله: لِأَنَّا نُهِينَا عَنِ البِرِّ فِي حَقِّ مَنْ يُقَاتِلُنَا فِي الدِّينِ، قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ﴾ [الممتحنة: ٩].

قوله: لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْإِرْثِ بِالنَّصِّ، قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والحكم إذا رُتِّبَ على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علّة لذلك الحكم، كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: ٣٨].

قوله: بِخِلَافِ العِتْقِ عِنْدَ المِلْكِ لِأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ بِالْحَدِيثِ، قال عليه الصلاة والسلام: «من ملك ذا رحمٍ محرمٍ منه عتق عليه».

وَلِأَنَّ القَرَابَةَ مُوجِبَةٌ لِلصِّلَةِ، وَمَعَ الِاتِّفَاقِ فِي الدِّينِ آكَدُ وَدَوَامُ مِلْكِ اليَمِينِ أَعْلَىٰ فِي القَطِيعَةِ مِنْ حِرْمَانِ النَّفَقَةِ، فَاعْتَبَرْنَا فِي الأَعْلَىٰ أَصْلَ العِلَّةِ وَفِي الأَدْنَى العِلَّةَ المُؤَكَّدَةَ فَلِهَٰذَا افْتَرَقَا (وَلَا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ) لِأَنَّ لَهُمَا تَأْوِيلًا فِي مَالِ الوَلَدِ بِالنَّصِّ، وَلَا تَأْوِيلَ لَهُمَا فِي مَالِ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِمَا فَكَانَ أَوْلَىٰ بِاسْتِحْقَاقِ نَفَقَتِهِمَا عَلَيْهِ، وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ المَعْنَىٰ يَشْمَلُهُمَا.

قوله: وَلِأَنَّ القَرَابَةَ مُوجِبَةٌ لِلصِّلَةِ، وَمَعَ الِاتِّفَاقِ فِي الدِّينِ آكَدُ، لأنه له أثرًا في الإحسان، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالىٰ حقَّق الإخوة بسبب الدين، وَدَوَامُ مِلْكِ اليَمِينِ أَعْلَىٰ فِي القَطِيعَةِ مِنْ حِرْمَانِ النَّفَقَةِ، فَاعْتَبَرْنَا فِي الأَعْلَىٰ، أي في دوام ملك اليمين، أَصْلَ العِلَّةِ، أي القرابة القريبة، وَفِي الأَدْنَى، أي في حرمان النفقة، العِلَّةَ المُؤَكَّدَةَ، أي القرابة مع اتفاق الدين.

قوله: لِأَنَّ لَهُمَا تَأْوِيلًا فِي مَالِ الوَلَدِ بِالنَّصِّ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالكَ لأبيكَ».

قوله: وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، احترَز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله تعالىٰ عليه أنَّ النفقة بين الذكور والأناث أثلاثًا، للذَّكر مثل حظِّ الأنثيين علىٰ قياس نفقة ذوي الأرحام.

قوله: لِأَنَّ المَعْنَىٰ يَشْمَلُهُمَا، وهو ما للأب من التأويل في مالهما وكونهما أقرب الناس إليه.

(وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أَوْ كَانَتِ امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً أَوْ كَانَ ذَكَرًا بَالِغًا فَقِيرًا زَمِنًا أَوْ أَعْمَىٰ) لِأَنَّ الصِّلَةَ فِي القَرَابَةِ القَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ البَعِيدَةِ، وَالْفَاصِلُ أَنْ يَكُونَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ، وَقَدْ قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَفِي قِرَاءَةِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ «وَعَلَى الوَارِثِ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِثْلُ ذٰلِكَ» ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الحَاجَةِ وَالصِّغَرِ وَالْأُنُوثَةِ وَالزَّمَانَةِ وَالْعَمَىٰ أَمَارَةُ الحَاجَةِ لِتَحَقُّقِ العَجْزِ، فَإِنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسْبِ غَنِيٌّ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ الأَبَوَيْنِ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمَا تَعَبُ الكَسْبِ وَالْوَلَدُ مَأْمُورٌ بِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمَا مَعَ قُدْرَتِهِمَا عَلَى الكَسْبِ.

قوله: وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ، وقال ابن أبي ليلىٰ: تجب النفقة على كل وارثٍ محرمًا كان أو غير محرم، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لأنَّ استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة، حتى لا يعتق أحدٌ على أحدٍ إلَّا الوالدون والمولودون عنده، أو جعل قرابة الأخوة كقرابة بني الأعمام وحمل النصَّ على نفي المضارة دون النفقة، وهو مرويٌّ عن ابن عباس رضي الله عنه، ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه: وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك، فقُيِّد المطلق به، قد قال عمر وزيد رضي الله عنهما: وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة، وهذا لأنَّ نفي المضارة لا يختصُّ به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث، كما يجب على الوارث، وقوله ذلك ينصرف إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

قَالَ: (وَيَجِبُ ذٰلِكَ عَلَىٰ مِقْدَارِ المِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّنصِيصَ عَلَى الوَارِثِ تَنْبِيهٌ عَلَى اعْتِبَارِ المِقْدَارِ، وَلِأَنَّ الغُرْمَ بِالْغُنْمِ وَالْجَبْرَ لِإِيفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ.

قَالَ: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الِابْنَةِ البَالِغَةِ وَالِابْنِ الزَّمِنِ عَلَىٰ أَبَوَيْهِ أَثْلَاثًا، عَلَى الأَبِ الثُّلُثَانِ وَعَلَى الأُمِّ الثُّلُثُ) لِأَنَّ المِيرَاثَ لَهُمَا عَلَىٰ هٰذَا المِقْدَارِ، قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ رِوَايَةُ الخَصَّافِ وَالْحَسَنِ - رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ -، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كُلُّ النَّفَقَةِ عَلَى الأَبِ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَصَارَ كَالْوَلَدِ الصَّغِيرِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَىٰ أَنَّهُ اجْتَمَعَتْ لِلْأَبِ فِي الصَّغِيرِ وِلَايَةٌ وَمَؤُونَةٌ حَتَّىٰ وَجَبَتْ عَلَيْهِ صَدَقَةُ فِطْرِهِ فَاخْتَصَّ بِنَفَقَتِهِ، وَلَا كَذٰلِكَ الكَبِيرُ لِانْعِدَامِ الوِلَايَةِ فِيهِ فَتُشَارِكُهُ الأُمُّ، وَفِي غَيْرِ الوَالِدِ يُعْتَبَرُ قَدْرُ المِيرَاثِ حَتَّىٰ تَكُونَ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ عَلَى الأُمِّ وَالْجَدِّ أَثْلَاثًا، وَنَفَقَةُ الأَخِ المُعْسِرِ عَلَى الأَخَوَاتِ المُتَفَرِّقَاتِ المُوسِرَاتِ أَخْمَاسًا عَلَىٰ قَدْرِ المِيرَاثِ،

قوله: لِأَنَّ التَّنصِيصَ عَلَى الوَارِثِ تَنْبِيهٌ عَلَى اعْتِبَارِ المِقْدَارِ، وهذا لأنَّ الأصلَ أنَّ الحكم متىٰ رتِّب على الاسم المشتق من معنًى كان مأخذ اشتقاق ذلك الاسم علةً لذلك الحكم، كالزانِي والسَّارق، فكان الإرث علةً لاستحقاق النفقة فتقدَّر بقدر الإرث لأنَّ الحكم يثبت بقدر علته.

غَيْر أَنَّ المُعْتَبَرَ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ فِي الجُمْلَةِ لَا إِحْرَازُهُ، فَإِنَّ المُعْسِرَ إِذَا كَانَ لَهُ خَالٌ وَابْنُ عَمٍّ تَكُونُ نَفَقَتُهُ عَلَىٰ خَالِهِ وَمِيرَاثُهُ يُحْرِزُهُ ابْنُ عَمِّهِ (وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ) لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الإِرْثِ وَلَا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِهِ (وَلَا تَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ) لِأَنَّهَا تَجِبُ صِلَةً وَهُوَ يَسْتَحِقُّهَا عَلَىٰ غَيْرِهِ فَكَيْفَ تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ

قوله: غَيْر أَنَّ المُعْتَبَرَ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ فِي الجُمْلَةِ لَا إِحْرَازُهُ، أي يعتبَر أن يكون وارثًا في الجملة وإن كان محجوبًا بغيره، لأن سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة قيام سبب الإرث لا جريان الإرث، إذ لا يتصوَّر جريان الإرث حال القضاء بالنفقة لأنَّ القضاء بِها حال حياة القريب ولا يجري الإرث حال الحياة، فلو كان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله لأنَّه محرم، ويحرز ميراثه ابن عمه لأنَّه عصبة، وهذا لأنَّ سبب الإرث ثابتٌ للخال، فإنَّ ابن العم لو مات قبل الخال يحرز ميراثه الخال، فإذا استويا في المحرمية وأهلية الإرث يترجَّح من كان وارثًا في الحال، فلو كان له عم وخال أو عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لاستوائها في المحرمية ويترجَّح العم بكونه وارثًا في الحال، ولو كان العم معسرًا فالنفقة على العمَّة والخالة أثلاثًا علىٰ قدر إرثهما ويجعل العمُّ كالميِّت، وإذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرًا وتقسم النفقة عليهم ثمَّ يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين، كصغير له أم وأخت لأب وأم وأخت لأب وأخت لأم، والأخت لأب وأم والأم موسرتان والأخريان معسرتان تجب النفقة على الأم والأخت لأب وأم أرباعًا، فاعتبَرنا المعسرتين موسرتين، حتى يوزع على ستة أسْهُم على قدر ميراثهنَّ، ثم يسقط نصيب المعسرتين بالأعسار، فتبقىٰ أربعة أسهم وهو نصيب الموسرتين، فيجب كل النفقة عليهما أرباعًا، ثلاثة أسهم على الأخت وسهم على الأمِّ، ولا يلحق المعسرتان بالأموات وإلا لوجبت النفقة على الموسرتين أخماسًا، خمساها

لِأَنَّهُ التَزَمَهَا بِالْإِقْدَامِ عَلَى العَقْدِ، إِذِ المَصَالِحُ لَا تَنْتَظِمُ دُونَهَا، وَلَا يَعْمَلُ فِي مِثْلِهَا الإِعْسَارُ، ثُمَّ اليَسَارُ مُقَدَّرٌ بِالنِّصَابِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِمَا يَفْضُلُ عَلَىٰ نَفَقَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ شَهْرًا أَوْ بِمَا يَفْضُلُ عَلَىٰ ذٰلِكَ مِنْ كَسْبِهِ الدَّائِمِ كُلَّ يَوْمٍ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ فِي حُقُوقِ العِبَادِ إِنَّمَا هُوَ القُدْرَةُ دُونَ النِّصَابِ فَإِنَّهُ لِلتَّيْسِيرِ وَالْفَتْوَىٰ عَلَى الأَوَّلِ، لٰكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ.

(وَإِذَا كَانَ لِلِابْنِ الغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ) وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ (وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ

على الأمّ وثلاثة الأخماس على الأخت.

قوله: لِأَنَّهُ التَزَمَهَا بِالْإِقْدَامِ عَلَى العَقْدِ، أي التزم نفقة الزوجة، وأمّا ولده الصغير فلأنَّه جزءه، فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذا نفقة طفله.

قوله: وَالْفَتْوَىٰ عَلَى الأَوَّلِ، وهو أنَّ اليسار مقدَّرٌ بالنصاب، لٰكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ، وهو أن يملك ممَّا فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدًا، وهو الصحيح، وهذا لأنه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنًى موجب للزكاة وإنَّما يشترط غنى محرم للصدقة، فكذا في حقِّ إيجاب النفقة لأنَّ النفقة أشْبه بصدقة الفطر منه بالزكاة، لأنَّ في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة، فإذا لم يشترط لصدقة الفطر غنًى موجب للزكاة وهي صدقة من وجهٍ ومؤنة من وجهٍ، فلأَن لا يشترط لوجوب النفقة غنًى موجبٍ للزكاة وإنَّها مؤنة من كل وجهٍ كان أوْلىٰ.

قوله: وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ، وفي قولهما لا يجوز، وهو القياس، لأنَّ

تَعَالَىٰ، وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ (وَإِنْ بَاعَ العَقَارَ لَمْ يَجُزْ) وَفِي قَوْلِهِمَا لَا يَجُوزُ ذٰلِكَ كُلُّهُ وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّـهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ لِانْقِطَاعِهَا بِالْبُلُوغِ، وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ فِي حَالِ حَضْرَتِهِ وَلَا يَمْلِكُ البَيْعَ فِي دَيْنٍ لَهُ سِوَى النَّفَقَةِ، وَكَذَا لَا تَمْلِكُ الأُمُّ فِي النَّفَقَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لِلْأَبِ وِلَايَةَ الحِفْظِ فِي مَالِ الغَائِبِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لِلْوَصِيِّ ذٰلِكَ فَالْأَبُ أَوْلَىٰ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ، وَبَيْعُ المَنْقُولِ مِنْ بَابِ الحِفْظِ وَلَا كَذٰلِكَ العَقَارُ لِأَنَّـهَا مُحْصَنَةٌ بِنَفْسِهَا، وَبِخِلَافِ غَيْرِ الأَبِ مِنَ الأَقَارِبِ لِأَنَّـهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ أَصْلًا فِي التَّصَرُّفِ حَالَةَ الصِّغَرِ وَلَا فِي الحِفْظِ بَعْدَ الكِبَرِ،

ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدًا، إلَّا فيما يبيعه تحصينًا لولده الغائب، فإنَّ الابن إذا بلغ وهو غائبٌ فللأب ووصي الأب بيع عروضه تحصينًا على ولده الغائب، وههنا هو لا يبيع تحصينًا على الغائب وإنَّما يبيع لنفسه، وليست له هذه الولاية، ألا ترىٰ أنَّ استحقاق الأمِّ النفقةَ كاستحقاق الأب ثم الأم لا تبيع عروض الولد في نفقتها فكذلك الأب، ولكن استحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال: ولاية الأب وإن زالت بالبلوغ لكن بقي أثرها، ولهذا صحَّ منه الاستيلاد في جارية الابن، فلبقاء أثر ولايته كان له أن يبيع العروض لأنَّ بيع العروض من الحفظ، فإنَّ العين يخشى عليها الهلاك وحفظ الثمن أيسر، وفي الذخيرة: ثم ذكر ههنا أنَّ الأب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والأمّ لا تملك، وذكر في الأقضية جواز بيع الأبوين، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، فإنه أضاف البيع إليهما فإما أن يكون في المسئلة روايتان، في رواية الأقضية والقدوري يملك، وإمَّا أن تكون المسئلة على الاتفاق بأنَّ الأم لا تملك، وتأويل ما ذكر في الأقضية والقدوري أنَّ الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما، فأضاف البيع إليهما من حيث أنَّ منفعة البيع تعود إليهما، وهو الظاهر.

إِذَا جَازَ بَيْعُ الأَبِ فَالثَّمَنُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ فَلَهُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهُ، كَمَا لَوْ بَاعَ العَقَارَ وَالْمَنْقُولَ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ لِكَمَالِ الوِلَايَةِ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِنَفَقَتِهِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ.

(وَإِنْ كَانَ لِلِابْنِ الغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ وَأَنْفَقَا مِنْهُ لَمْ يَضْمَنَا) لِأَنَّهُمَا اسْتَوْفَيَا حَقَّهُمَا لِأَنَّ نَفَقَتَهُمَا وَاجِبَةٌ قَبْلَ القَضَاءِ عَلَىٰ مَا مَرَّ وَقَدْ أَخَذَا جِنْسَ الحَقِّ (وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ القَاضِي ضَمِنَ) لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَالِ الغَيْرِ بِغَيْرِ وِلَايَةٍ لِأَنَّهُ نَائِبٌ فِي الحِفْظِ لَا غَيْرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ القَاضِي لِأَنَّ أَمْرَهُ مُلْزِمٌ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ، وَإِذَا ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى القَابِضِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِهِ.

(وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَذَوِي الأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ) لِأَنَّ نَفَقَةَ هٰؤُلَاءِ تَجِبُ كِفَايَةً لِلْحَاجَةِ حَتَّىٰ لَا تَجِبُ

قوله: وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَذَوِي الأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضىٰ بها القاضي حيث لا تسقط بمضي المدة، وكذلك لا يسقط دين الاستدانة في ذوي الأرحام، وإذا فرض القاضي للمرأة عشرة دراهم نفقة شهرٍ فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء يفرض لها القاضي عشرة أخرىٰ لشهرٍ آخر، ولو كان مثل هذا في الأقارب بأن بقي شيء من الدراهم ومضت المدة لا يقضى بأخرىٰ، وإذا فرض القاضي للمرأة الكسوة أو النفقة لوقت مقدر فهلكت الكسوة أو النفقة، أو سرقت أو حرقت الكسوة، أو أكلت النفقة قبل الوقت، ليس عليه أن يكسوها وينفق عليها

مَعَ الْيَسَارِ وَقَدْ حَصَلَتْ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا قَضَىٰ بِهَا الْقَاضِي لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلَا تَسْقُطُ بِحُصُولِ الِاسْتِغْنَاءِ فِيمَا مَضَىٰ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْقَاضِي بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَهُ وِلَايَةٌ عَامَّةٌ فَصَارَ إِذْنُهُ كَأَمْرِ الْغَائِبِ فَيَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ فَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أخرىٰ، وأمَّا إذا فرض الكسوةَ أو النفقة للأقارب فضاعت من أيديهم قبل مضي الوقت فإنَّ القاضي يفرض لهم مرَّةً أخرىٰ، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ

(وَعَلَى المَوْلَىٰ أَنْ يُنْفِقَ عَلَىٰ عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي المَمَالِيكِ «إِنَّهُمْ إِخْوَانُكُمْ جَعَلَهُمْ اللهُ تَعَالَىٰ تَحْتَ أَيْدِيكُمْ، أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَأَلْبِسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ، وَلَا تُعَذِّبُوا عِبَادَ اللهِ» (فَإِنِ امْتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسْبٌ اكْتَسَبَا وَأَنْفَقَا) لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ حَتَّىٰ يَبْقَى المَمْلُوكُ حَيًّا وَيَبْقَىٰ فِيهِ مِلْكُ المَالِكِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ) بِأَنْ كَانَ عَبْدًا زَمِنًا أَوْ جَارِيَةً لَا يُؤَاجَرُ مِثْلُهَا (أُجْبِرَ المَوْلَىٰ عَلَىٰ بَيْعِهِمَا) لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ وَفِي البَيْعِ إِيفَاءُ حَقِّهِمَا وَإِبْقَاءُ حَقِّ المَوْلَىٰ بِالْخُلْفِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ دَيْنًا فَكَانَ تَأْخِيرًا عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَنَفَقَةُ المَمْلُوكِ لَا تَصِيرُ دَيْنًا

فصل

قوله: وَعَلَى المَوْلَىٰ أَنْ يُنْفِقَ عَلَىٰ عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ، فإن امتنع فكان لهما كسب اكتسبا وانفقا، ذكر في التجنيس: رجل له عبد لا ينفق عليه، هل للعبد أن يأكل من مال مولاه؟ إن كان قادرًا على الكسب ليس له ذلك، وإن لم يكن قادرًا على الكسب له ذلك، إذا أعتق عبدًا صغيرًا أو أمةً لا تجب النفقة على المعتق لأنه ليسَ بذي رحمٍ محرمٍ منه، وإن كان عصبةً فصار كابن العم.

فَكَانَ إِبْطَالًا، وَبِخِلَافِ سَائِرِ الحَيَوَانَاتِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ فَلَا يُجْبَرُ عَلَىٰ نَفَقَتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ لِأَنَّهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نَهَىٰ عَنْ تَعْذِيبِ الحَيَوَانِ» وَفِيهِ ذٰلِكَ، وَنَهَىٰ عَنْ إِضَاعَةِ المَالِ وَفِيهِ إِضَاعَتُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُجْبَرُ، وَالأَصَحُّ مَا قُلْنَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَبِخِلَافِ سَائِرِ الحَيَوَانَاتِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ، إذا كانت الدابة كلها مملوكةً لرجل لا يجبِره القاضي على الإنفاق عليها، ولو كانت مشتَركة يقول القاضي للآبي: إمَّا أن تبيع نصيبك أو تنفق عليه رعايةً لجانب الشريك، وهذا لأنَّ الشريك من أهل الاستحقاق وإن لم تكن الدابة من أهل ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجبَر على الإنفاق في البهائم أيضًا، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، لأنَّ فيه إضاعة المال وتعذيب الحيوان، وهما منهيان، والأصحُّ ما قلنا لأنَّ إجبار القاضي على الإنفاق نوع قضاءٍ، ولا بُدَّ للقضاء من مقضى له، وهو من أهل الاستحقاق وهو موجودٌ في الرقيق لأنه من أهل أن يستحق حقوقًا على المولىٰ وإن كان مملوكًا، فأمَّا غير الرقيق فلا يستحقُّ حقوقًا على المالك فلا يصلحُ مقضيًّا له، ففاتَ شرط القضاء فامتنع القضاء، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ العِتقِ

الْإِعْتَاقُ تَصَرُّفٌ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَيُّمَا مُسْلِمٍ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللهُ تَعَالَىٰ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ» وَلِهٰذَا اسْتَحَبُّوا أَنْ يُعْتِقَ الرَّجُلُ العَبْدَ وَالْمَرْأَةُ الأَمَةَ لِيَتَحَقَّقَ

كتاب العتق

العتاقُ والعتقُ عبارتان عن القوَّة، يقال: عتق الطائر إذا قَوِيَ وطارَعَن وكره، ومنه عتاق الطَّير لاختصاصها بمزيد القوَّة، والخمر إذا تقادم عهدها تسمَّىٰ عتيقًا لاختصاصها بزيادة القوَّة، والكعبة تُسَمَّىٰ عتيقًا لاختصاصها بالقوَّة الدافعة للتملك عن نفسها، وفي الشرع عبارتان عن قوَّةٍ حكمية يصير المرء بِها أهلاً للملك علىٰ نفسه وعلىٰ غيره، والحرية عبارة عن الخلوص، يُقال: طينٌ حُرٌّ، أي خالصٌ عما يشوبه، وأرض حرة أي خالصة لا خراج عليها ولا عُشْر، وفي الشرع عبارةٌ عن خلوص حكمي يظهر في الآدميِّ بانقطاع حقِّ الأغيار عن نفسه، وإثبات هذا الوصف الحكمي إمَّا بإزالة الملك أو بإزالة الرقِّ يُسمَّىٰ إعتاقًا وتحريرًا.

قال: الإِعْتَاقُ تَصَرُّفٌ مَنْدُوبٌ، وإن لم يكن عبادةً حتى صحَّ من الكافر، دلَّ علىٰ كونه مندوبًا بالكتاب والسنة والإجماع، أمَّا الكتاب قال الله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣] وهو أن يعين في ثمنها إلىٰ أن قال الله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلۡمَيۡمَنَةِ﴾ [البلد: ١٨] إذا كانت الإعانة بِهذه المثابة فكيف الإعتاق، والسنة ما ذُكر في الكتاب، والإجماع ظاهر،

مُقَابَلَةُ الأَعْضَاءِ بِالْأَعْضَاءِ.

قَالَ: (العِتْقُ يَصِحُّ مِنَ الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ فِي مِلْكِهِ) شَرْطُ الحُرِّيَّةِ لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي المِلْكِ وَلَا مِلْكَ لِلْمَمْلُوكِ وَالْبُلُوغِ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا، وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُهُ الوَلِيُّ عَلَيْهِ، وَالْعَقْلِ: لِأَنَّ المَجْنُونَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّصَرُّفِ وَلِهٰذَا لَوْ قَالَ البَالِغُ: أَعْتَقْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ المُعْتِقُ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَجُنُونُهُ كَانَ ظَاهِرًا لِوُجُودِ الإِسْنَادِ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الصَّبِيُّ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ إِذَا احْتَلَمْتُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِقَوْلٍ مُلْزِمٍ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ فِي مِلْكِهِ

والمعقول فإنه تمكين المكلف من أداء العبادات أجْمَع والتأمل في آيات الآفاق والأنفس، كما في قوله تعالىٰ: ﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِي ٱلْءَافَاقِ وَفِيٓ أَنفُسِهِمْ﴾ [فصلت: ٥٣].

قوله: لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، أي ليسَ من أهل إنشاء العتق، وهو أهل للعتق بسبب الملك، وذكر في الفصل الذي يليه: والصبي جُعِلَ أهلاً لهذا العتق وكذا المجنون، حتى عتق القريب عليهما عند الملك، لأنه تعلَّق به حقُّ العبد فشابه النفقة.

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ قَالَ البَالِغُ: أَعْتَقْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، يستدلُّ بهذه المسئلة علىٰ أنَّ الصبا حالةٌ منافيةٌ للإعتاق، فإنه لمَّا أُسند الإعتاق إلىٰ تلك الحالة صحَّ لإسناده إلىٰ حالةٍ منافيةٍ للإعتاق، فكان القول قوله لأنه منكر للإعتاق والقول قول المنكر.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِقَوْلٍ مُلْزِمٍ، لا يُقال: أنه أهْلٌ لقولٍ ملزمٍ، لأنه لو كان صبي في يد رجل فأقرَّ بالرقِّ صحَّ إقراره، حتَّىٰ لو ادعى بعده حرية الأصل لا يقبل دعواه، لأنه ظهر

حَتَّىٰ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَ غَيْرِهِ لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ».

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ مُعْتَقٌ أَوْ عَتِيقٌ أَوْ مُحَرَّرٌ أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكِ أَوْ قَدْ أَعْتَقْتُكِ فَقَدْ عَتَقَ نَوَىٰ بِهِ العِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ) لِأَنَّ هٰذِهِ الأَلْفَاظَ صَرِيحَةٌ فِيهِ، لِأَنَّـهَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ شَرْعًا وَعُرْفًا فَأَغْنَىٰ ذٰلِكَ عَنِ النِّيَّةِ وَالْوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الإِخْبَارِ فَقَدْ جُعِلَ إِنْشَاءً فِي التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ لِلْحَاجَةِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِمَا (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ بِهِ الإِخْبَارَ البَاطِلَ أَوْ أَنَّـهُ حُرٌّ مِنَ العَمَلِ صُدِّقَ دِيَانَةً) لِأَنَّـهُ يَحْتَمِلُهُ (وَلَا يَدِينُ قَضَاءً) لِأَنَّـهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ يُعْتَقُ) لِأَنَّـهُ نِدَاءٌ بِمَا هُوَ صَرِيحٌ فِي العِتْقِ وَهُوَ لِاسْتِحْضَارِ المُنَادَىٰ بِالْوَصْفِ المَذْكُورِ هٰذَا هُوَ حَقِيقَتُهُ فَيَقْتَضِي تَحَقُّقَ الوَصْفِ فِيهِ وَأَنَّـهُ يَثْبُتُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ تَصْدِيقًا لَهُ فِيمَا أَخْبَرَ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ إِلَّا إِذَا سَمَّاهُ حُرًّا ثُمَّ نَادَاهُ يَا حُرُّ لِأَنَّ مُرَادَهُ الإِعْلَامُ بِاسْمِ عَلَمَهُ وَهُوَ مَا لَقَّبَهُ بِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ بِالْفَارِسِيَّةِ يَا آزَادَ وَقَدْ لَقَّبَهُ بِالْحُرِّ قَالُوا يُعْتَقُ،

رِقُّه حيث أقرَّ برقِّه، ويد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقص يده الثابتة ظاهرًا بلا حجَّةٍ.

قوله: حَتَّىٰ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَ غَيْرِهِ لَا يَنْفُذُ، بل يتوقَّف علىٰ إجازة المالك.

قوله: وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، أي في مسئلة: يا ابني، وقال فيها: علىٰ ما بيناه، أراد به هذا الموضع.

وَكَذَا عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنِدَاءٍ بِاسْمٍ عَلِمَهُ فَيُعْتَبَرُ إِخْبَارًا عَنِ الوَصْفِ.

(وَكَذَا لَوْ قَالَ رَأْسُكَ حُرٌّ أَوْ وَجْهُكَ أَوْ رَقَبَتُكَ أَوْ بَدَنُكَ أَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ فَرْجُكِ حُرٌّ) لِأَنَّ هٰذِهِ الأَلْفَاظَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، (وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ جُزْءٍ شَائِعٍ يَقَعُ فِي ذٰلِكَ الجُزْءِ)، وَسَيَأْتِيك الِاخْتِلَافُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ كَالْيَدِ وَالرِّجْلِ لَا يَقَعُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الطَّلَاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

(وَلَوْ قَالَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْك وَنَوَىٰ بِهِ الحُرِّيَّةَ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْك لِأَنِّي بِعتُك، وَيُحْتَمَلُ لِأَنِّي أَعْتَقْتُك فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا مُرَادًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ.

قَالَ: (وَكَذَا كِنَايَاتُ العِتْقِ) وَذٰلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ خَرَجْتِ مِنْ مِلْكِي وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكِ وَلَا رِقَّ لِي عَلَيْكِ وَقَدْ خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ نَفْيَ السَّبِيلِ وَالْخُرُوجَ عَنِ المِلْكِ وَتَخْلِيَةُ السَّبِيلِ بِالْبَيْعِ أَوِ الكِتَابَةِ كَمَا يَحْتَمِلُ بِالْعِتْقِ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ، وَكَذَا قَوْلُهُ لِأَمَتِهِ قَدْ أَطْلَقْتُكِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - بِخِلَافِ قَوْلِهِ طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قوله: بِخِلَافِ قَوْلِهِ طَلَّقْتُكِ، أي في قوله: أطلقتك يثبت العتق ولا يثبت في قوله:

(وَلَوْ قَالَ لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكِ وَنَوَى العِتْقَ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ السُّلْطَانَ عِبَارَةٌ عَنِ اليَدِ، وَسُمِّيَ السُّلْطَانُ بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ يَبْقَى المِلْكُ دُونَ اليَدِ كَمَا فِي المُكَاتَبِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْك لِأَنَّ نَفْيَهُ مُطْلَقًا بِانْتِفَاءِ المِلْكِ لِأَنَّ لِلْمَوْلَىٰ عَلَى المُكَاتَبِ سَبِيلًا فَلِهٰذَا يَحْتَمِلُ العِتْقَ.

طلقتك وإن كانا سواء في اللغة، لأنَّ قوله: طلقتك صار صريحًا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتِي بيانه، وأمَّا قوله: أطلقتك فلم يستعمل فيه، ثم بينه وبين قوله: خليت سبيلك مناسبة يقال: أطلقه عن الشيء إذا خلَّىٰ سبيله فهو كقوله خليت سبيلك.

قوله: لِأَنَّ السُّلْطَانَ عِبَارَةٌ عَنِ اليَدِ، أي عن القدرة على الفعل ولا ينبيء عن الملك في الذات، كالسلطة لا توجب للسلطان ملكًا في رقاب الناس، إنَّما توجب قدرة الفعل عليهم.

قوله: وَقَدْ يَبْقَى المِلْكُ دُونَ اليَدِ، أي نفي الملك ليس من لوازم نفي اليد لأنه يبقى الملك دون اليد، كما في المكاتب فلا يلزم من نفي اليد نفي الملك في قوله: لا سلطان لي عليك، بخلاف: لا سبيلَ لي عليك، لأنَّ نفيُ السبيل مطلقًا بانتفاء الملك، ولهذا بقيَ للمولىٰ على المكاتب سبيلٌ حيث يطالبه ببدل الكتابة فلهذا صار قوله: لا سبيلَ لي عليك، كنايةً عن العتق لأنه من لوازم نفي السبيل، وعن الكرخي رحمه الله تعالى أنه قال: فنىٰ عُمري وما انفتح لي وجه الفرق بين نفي السبيل والسلطان، والفرق على ما قيل من وجهين: أحدهما: أنَّ السلطان عبارة عن الحجة وعن اليد، ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك، كالمكاتب يثبت الملك للمولىٰ فيه دون اليد، فأمَّا نفي السبيل من كل وجه يستدعي العتق، فإنَّ للمولىٰ على مكاتبه سبيلاً من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى لو انتفى ذلك بالبَراءة يعتقُ أيضًا، والثاني: أنَّ العتقَ في نفي السبيل محتملٌ وفي نفي السلطان محتمل المحتمل فلا يثبت الأول دون الثانِي، بيانه أنَّ نفي السلطان يحتمل نفي

(وَلَوْ قَالَ هٰذَا ابْنِي وَثَبَتَ عَلَىٰ ذٰلِكَ عَتَقَ) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ ذَكَرَهُ بَعْدَ هٰذَا؛ ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَنَّ وِلَايَةَ الدَّعْوَةِ بِالْمِلْكِ ثَابِتَةٌ وَالْعَبْدُ مُحْتَاجٌ إِلَى النَّسَبِ فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَإِذَا ثَبَتَ عَتَقَ لِأَنَّهُ يَسْتَنِدُ النَّسَبُ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ لِلتَّعَذُّرِ وَيُعْتَقُ إِعْمَالًا لِلَّفْظِ فِي مَجَازِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِعْمَالِهِ بِحَقِيقَتِهِ، وَوَجْهُ الْمَجَازِ نَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

الحجة ويحتمل نفي اليد، ثم نفي اليد يحتمل نفي الملك ويحتمل غيره، فأمَّا نفي السبيل يحتمل انتفاؤه بالعتق وبغيره، يعني لا سبيلَ لي عليك في اللَّوم والعقوبة.

قوله: وَثَبَتَ عَلَىٰ ذٰلِكَ، معناه لم يقل: أخطأتُ أو غلطت، قيل: إنَّ شرط الثبات لثبوت النسب لا لثبوت العتق، إذ الرجوع عن العتق لا يصحُّ وعن النسب يصحُّ، نصَّ عليه فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ.

قوله: ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، وفي الكافي للعلّامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: ولا فرق بين أن يكون جليبًا أو مولدًا، لأنَّ صحة دعوة المولى باعتبار الملك وحاجة المملوك إلى النسب، قلت: قوله جليبًا إنَّما يصحُّ إذا كان جليبًا غير ثابت النسب في مسقط رأسه، أمَّا إذا كان ثابت النسب في مولده لا يثبت نسبه من المولىٰ.

قوله: وَيُعْتَقُ إِعْمَالًا لِلَّفْظِ فِي مَجَازِهِ، ذكر فخر الإسلام البزدوي رحمه الله تعالى في أصول الفقه: أنَّه يثبت النسب في حقِّ المقرِّ ويعتق بحقيقته دون مجازه لأنَّ ذلك ممكن والنسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرٍو فيكون المقرُّ مصدقًا في حقِّ نفسه.

(وَلَوْ قَالَ هٰذَا مَوْلَايَ أَوْ يَا مَوْلَايَ عَتَقَ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ اسْمَ المَوْلَىٰ وَإِنْ كَانَ يَنْتَظِمُ النَّاصِرَ وَابْنَ العَمِّ وَالْمُوَالَاةُ فِي الدِّينِ وَالْأَعْلَىٰ وَالْأَسْفَلِ فِي العَتَاقَةِ إِلَّا أَنَّهُ تَعَيَّنَ الأَسْفَلُ فَصَارَ كَاسْمٍ خَاصٍّ لَهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ المَوْلَىٰ لَا يَسْتَنْصِرُ بِمَمْلُوكِهِ عَادَةً وَلِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَانْتَفَى الأَوَّلُ، وَالثَّانِي وَالثَّالِثُ نَوْعُ مَجَازٍ، وَالْكَلَامُ لِلْحَقِيقَةِ وَالْإِضَافَةُ إِلَى العَبْدِ تُنَافِي كَوْنَهُ مُعْتَقًا فَتَعَيَّنَ المَوْلَى الأَسْفَلُ فَالْتَحَقَ بِالصَّرِيحِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: هٰذِهِ مَوْلَاتِي لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ بِهِ المَوْلَىٰ فِي الدِّينِ أَوِ الكَذِبَ يُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ لِمُخَالَفَتِهِ الظَّاهِرَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ الأَسْفَلُ مُرَادًا التَحَقَ بِالصَّرِيحِ وَبِالنِّدَاءِ بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ يُعْتَقُ بِأَنْ قَالَ: يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ فَكَذَا النِّدَاءُ بِهٰذَا اللَّفْظِ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يُعْتَقُ فِي الثَّانِي لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الإِكْرَامَ بِمَنْزِلَةِ

قوله: يَنْتَظِمُ النَّاصِرَ، قال الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوۡلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ [محمد: ١١] وقال الله تعالى: ﴿أَنتَ مَوۡلَىٰنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وكذا ابن العم قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفۡتُ ٱلۡمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِي﴾ [مريم: ٥].

قوله: وَالثَّالِثُ نَوْعُ مَجَازٍ، وهو الموالاة في الدين، وذلك لأنَّ المولى من الوليِّ وهو القرب، ولا قرب بين المشرقي والمغربي حقيقةً، وبينهما موالاة في الدين فيكون بطريق المجاز.

قوله: وَأَمَّا الثَّانِي، وهو قوله: يَا مَوْلَايَ، عطف على قوله: أَمَّا الأَوَّلُ.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يُعْتَقُ فِي الثَّانِي - أي بدون النية - لِأَنَّهُ يَقْصِدُ

قَوْلِهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي، قُلْنَا: الْكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ وَقَدْ أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَخْتَصُّ بِالْعِتْقِ فَكَانَ إِكْرَامًا مَحْضًا.

(وَلَوْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ) لِأَنَّ النِّدَاءَ لِإِعْلَامِ الْمُنَادَىٰ إِلَّا أَنَّهُ إِذْ كَانَ بِوَصْفٍ يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِتَحْقِيقِ ذَٰلِكَ الْوَصْفِ فِي الْمُنَادَى اسْتِحْضَارًا لَهُ بِالْوَصْفِ الْمَخْصُوصِ كَمَا فِي قَوْلِهِ يَا حُرُّ

بِهِ الإِكْرَامَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي، قُلْنَا: الكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ وَقَدْ أَمْكَنَ العَمَلُ بِهِ، لأنَّ قوله مولاي حقيقة في المعتق لأنَّ له ولاء عليه وقد تعيَّن مرادًا، لما ذكر أن اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة، إلا أنَّه تعيَّن الأسفل فصار كاسم خاص له فصار قوله: يا مولائي، وقوله: يا حُرٌّ يا عتيق، بخلاف قوله: يا سيِّدي يا مالكي، لأنه ليس فيه ما يختصُّ بالعتق لأنَّ في قوله يا مولائي تثبت صفة في العبد من جانب المنادي وهو إثبات ولاء له عليه، وذلك لا يكون إلَّا بسابقة العتق وهو ولاء العتاقة فيثبت العتق لأنه مما يمكن إثباته في الحال من جانب المنادي، أمَّا قوله يا مالكي يا سيِّدي لا تثبت بهذين اللفظين صفةً في العبد من جهة المنادي لأنه لو ثبت بها الحرية لا يكون العبد صيدًا ومالكًا لمولاه فحمل على الإكرام، ولا يقال: لِمَ لا يحمل قوله يا مولائي على مولى الموالاة حتى لا يعتق واللفظ يحتمله كما يحتمل ولاء العتاقة، لأنا نقول: لم يجز عقد الموالاة بينهما وهو عقد لا يقوم بأحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يكن حمله عليه، وأمَّا ولاء العتاقة فالمولى ينفرد بإثباته لأنه يثبت بالإعتاق والإعتاق ممَّا ينفرد به المولىٰ.

قوله: وَلَوْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ، لِأَنَّ النِّدَاءَ لِإِعْلَامِ المُنَادَىٰ، بالاستحضار، فإن قيل: لِمَ لا يحمل على المجاز وهو الحرية كما في قوله: هذا ابني؟ قلنا: لو لم يحمل

عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا كَانَ النِّدَاءُ بِوَصْفٍ لَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِلْإِعْلَامِ الْمُجَرَّدِ دُونَ تَحْقِيقِ الوَصْفِ فِيهِ لِتَعَذُّرِهِ وَالْبُنُوَّةُ لَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا حَالَةَ النِّدَاءِ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ لَوِ انْخَلَقَ مِنْ مَاءِ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ ابْنًا لَهُ بِهٰذَا النِّدَاءِ فَكَانَ لِمُجَرَّدِ الإِعْلَامِ، وَيُرْوَىٰ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - شَاذًّا أَنَّهُ يُعْتَقُ فِيهِمَا وَالِاعْتِمَادُ عَلَى الظَّاهِرِ، (وَلَوْ قَالَ: يَا ابْنُ لَا يُعْتَقُ) لِأَنَّ الأَمْرَ كَمَا أَخْبَرَ فَإِنَّهُ ابْنُ أَبِيهِ، (وَكَذَا إِذَا قَالَ: يَا بُنَيَّ أَوْ يَا بُنَيَّةُ) لِأَنَّهُ تَصْغِيرُ الِابْنِ وَالْبِنْتِ مِنْ غَيْرِ إِضَافَةٍ وَالْأَمْرُ كَمَا أَخْبَرَ.

(وَإِنْ قَالَ لِغُلَامٍ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ هٰذَا ابْنِي عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، لَهُمْ أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالُ الحَقِيقَةِ فَيُرَدُّ فَيَلْغُو كَقَوْلِهِ أَعْتَقْتُكَ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ أَوْ

هناك قوله هذا ابني يلغو كلامه أصلاً، وأمّا قوله يا ابني لو لم يحمل على الحرية لا يلغو كلامه بل يحمل على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع أنَّ النداء لا يراعى فيه المعنى ولا يلتفت إليه، ولكن إنما تثبت الحرية بقوله يا حرُّ مع وجود هذا الأصل لِمَا أنَّ لفظ الحرية لما كان من صريح ألفاظ العتق قامَ اللفظ الصريح مقام معناه فصار كأنه أثبت ذلك المعنى فيه أولاً ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فإنه ليس بصريحٍ فيه.

قوله: وَإِنْ قَالَ لِغُلَامٍ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ هٰذَا ابْنِي عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لأنه كلام محال فيرد ويلغو كقوله: أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق، بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لأنَّ كلامه محتملٌ لجواز أن يكون مخلوقًا من مائه بالوطء عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير، ألا

قَبْلَ أَنْ تُخْلَقَ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالٌ بِحَقِيقَتِهِ لٰكِنَّهُ صَحِيحٌ بِمَجَازِهِ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ عَنْ حُرِّيَّتِهِ مِنْ حِينِ مَلَكَهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ الْبُنُوَّةَ فِي الْمَمْلُوكِ سَبَبٌ لِحُرِّيَّتِهِ، إِمَّا إِجْمَاعًا أَوْ صِلَةً لِلْقَرَابَةِ،

ترىٰ أنَّ أمّ الغلام لو كانت في ملكه تصير أمّ ولد له ثُمَّ لا تصير أمّ ولد له ههنا، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه، وهذا بناء على أنَّ المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما فيقتضي تصور الحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا، بخلاف معروف النسب فإنَّ النسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو، فكان الأصل متصورًا فيجوز إثبات المجاز خلفًا عنه، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ المجاز خلف عن الحقيقة في حقِّ التكلم لا في حقِّ المحكم لأنه تصرف من المتكلِّم وإقامة كلام مقام كلام فتشترط صحته من حيث أنَّه مبتدأ وخبَر وقد وجد وتعذَّر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعارًا لحكمه بلا نية، كالنكاح بلفظ الهبة، وإن كانت الحرَّة لا تقبل حكم أصل الهبة وهو ملك الرقبة.

قوله: إِمَّا إِجْمَاعًا أَوْ صِلَةً لِلْقَرَابَةِ، يعني البنوَّة في المملوك سببٌ لحريته إمَّا إجماعًا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالى فيما هو العلة، فإنَّ علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للنكاح فقال: إمَّا إجماعًا بأيِّ علة كانت، أو للعلة التي قلنا وهي صلة للقرابة المحرمة للنكاح، وكيف ما كان البنوة سبب الحرية وإطلاق السبب على المسبب جائزٌ مجازًا بخلاف قوله: أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق، فإنه أضاف العتق إلىٰ حالة تنافي تصور الإعتاق منه أصلاً ورأسًا فتعيَّن الإلغاء، وبخلاف ما إذا أقرَّ بقطع يد صحيح اليد لأنَّ قطع اليد خطأً سبب لوجوب مال مكيف في السنتين لا يمكن إيحابه بدون القطع، وما أمكن إيجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببًا له فتعذَّر جعل الإقرار بقطع اليد مجازًا عن الإقرار بمطلق المال، علىٰ أنَّ

وَإِطْلَاقُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ المُسَبَّبِ مُسْتَجَازٌ فِي اللُّغَةِ تَجَوُّزًا، وَلِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُلَازِمَةٌ لِلْبُنُوَّةِ فِي المَمْلُوكِ وَالْمُشَابَهَةُ فِي وَصْفٍ مُلَازِمٍ مِنْ طُرُقِ المَجَازِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ تَحَرُّزًا عَنِ الإِلْغَاءِ، بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لَهُ فِي المَجَازِ فَتَعَيَّنَ الإِلْغَاءُ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِغَيْرِهِ قَطَعْتُ يَدَك فَأَخْرَجَهُمَا صَحِيحَتَيْنِ حَيْثُ لَمْ يُجْعَلْ مَجَازًا عَنِ الإِقْرَارِ بِالْمَالِ وَالْتِزَامِهِ وَإِنْ كَانَ القَطْعُ سَبَبًا لِوُجُوبِ المَالِ لِأَنَّ القَطْعَ خَطَأً سَبَبٌ لِوُجُوبِ مَالٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ الأَرْشُ، وَأَنَّهُ يُخَالِفُ مُطْلَقَ المَالِ فِي الوَصْفِ حَتَّىٰ وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ فِي سَنَتَيْنِ وَلَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ بِدُونِ القَطْعِ، وَمَا أَمْكَنَ إثْبَاتُهُ فَالْقَطْعُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لَهُ،

قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة، فلو جعل مجازًا عن الإقرار بوجوب المال لكان هذا إقرارًا بوجوب المال على العاقلة والإقرار على الغير باطلٌ، ولا يُقال: بأنَّه لِمَ لا يجعل إقرارًا بما يخصه من الدية، لأنَّ لازمة قطع اليد وجوب المال موزعًا على العاقلة فبإيجاب المال قصرًا على واحد من العواقل لا يكون لازمة قطع اليد فلا يصحُّ المجاز، بخلاف الحرية فإنَّها لا تختلف باختلاف أسبابِها فما هو لازم البنوة أمكن ثبوته بالإقرار، وما ثبت بالإقرار عين ما كان لازمًا بالبنوة، فإن قيل: علىٰ ما قال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى كان ينبغي أن لا يصحُّ قولهم: هذا أسدٌ، للإنسان الشجاع، ولا خلاف لأحد في صحته، قلنا: هذا ليس من هذا الباب فإنَّ الغرض منه التشبيه والمراد هذا كأسد، ولو كان مستعارًا فمبناه على التشبيه استعار الأسد للشجاع وادعى أنه هذا الهيكل المخصوص مبالغةً في التشبيه، وإنَّما يحصل الغرض هنا إذا لم يتصوَّر حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شيءٍ وإنَّه ظاهر.

أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلَا تَخْتَلِفُ ذَاتًا وَحُكْمًا فَأَمْكَنَ جَعْلُهُ مَجَازًا عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: هٰذَا أَبِي أَوْ أُمِّي وَمِثْلُهُ لَا يُولَدُ لِمِثْلِهِمَا فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ لِمَا بَيَّنَّا.

وَلَوْ قَالَ لِصَبِيٍّ صَغِيرٍ: هٰذَا جَدِّي قِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ: لَا يُعْتَقُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هٰذَا الكَلَامَ لَا مُوجِبَ لَهُ فِي المِلْكِ إِلَّا بِوَاسِطَةٍ وَهُوَ الأَبُ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ فِي كَلَامِهِ فَتَعَذَّرَ أَنْ يُجْعَلَ مَجَازًا عَنِ المُوجِبِ، بِخِلَافِ الأُبُوَّةِ وَالْبُنُوَّةِ لِأَنَّ لَهُمَا مُوجِبًا فِي المِلْكِ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ، وَلَوْ قَالَ: هٰذَا أَخِي لَا يُعْتَقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله: أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلَا تَخْتَلِفُ ذَاتًا وَحُكْمًا، فإن قيل: الحرية الثابتة في قوله: هذا ابني، وهو أكبَر سنًّا منه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة أيضًا، كما في أرش اليد على ما ذكر، وذلك لأنَّ الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبةٌ للإرث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الأحكام، والحرية الثابتة بقوله هذا ابني لا تثبت شيئًا من ذلك، فلمَّا كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين مسئلة الأرش، قلنا: الحرية لا تتفاوت ذاتًا وهو زوال الرقِّ، ولا يتفاوت حكمًا أصليًا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحريتان سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يبالىٰ به.

قوله: وَقِيلَ: لَا يُعْتَقُ بِالْإِجْمَاعِ، والفرقُ لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ قوله: هذا جدِّي، لا موجب له في الملك إلَّا بواسطة الأب والأب غير مذكور في لفظه، وهذا تصرف لفظيٌّ فتصحُّ الاستعارة في المذكور في غير المذكور والمذكور لا موجب له بنفسه إلَّا بواسطةٍ غير مذكورةٍ فلا تصحُّ الاستعارة، بخلاف قوله: هذا ابني، لأنَّ المذكور هو البنوة ومن موجبه الحرية في الملك بلا واسطة فتصحُّ الاستعارة.

قوله: وَلَوْ قَالَ: هٰذَا أَخِي لَا يُعْتَقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ

- رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُعْتَقُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ هٰذَا ابْنَتِي فَقَدْ قِيلَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ هُوَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ المُشَارَ إِلَيْهِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ المُسَمَّىٰ فَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِالْمُسَمَّىٰ وَهُوَ مَعْدُومٌ فَلَا يُعْتَبَرُ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

تَعَالَىٰ أَنَّهُ يُعْتَقُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ، وجه ظاهر الرواية ما ذُكر في مسئلة الجدِّ أنه لا موجب لقوله: هذا جدِّي، إلَّا بواسطةٍ وتلك الواسطة غير مذكورة، وكذلك قوله: هذا أخي، لا موجب له إلَّا بواسطة الأب والأمّ لأنه عبارة عن مجاورةٍ في صلب أو رحم وتلك الواسطة غير مذكورة، وجهُ ما رُوِي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه يعتق، وهو رواية الحسن عنه، أنَّ للأخوة في ملكه موجبًا وهو العتق كما في قوله: هذا ابني، وذكر في المبسوط أنَّ اختلاف الروايتين في الأخ إنَّما كان إذا ذكره مطلقًا بأن قال: هذا أخي، فأمَّا إذا ذكره مقيدًا وقال: هذا أخي لأبي ولأمِّي، يعتق من غير تردد لِمَا أنَّ مطلق الأخوة مشتَرك، قد يراد بِها الأخوة في الدين، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠]، وقد يراد بِها الاتحاد في القبيلة، قال الله تعالى: ﴿وَإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا﴾ [هود: ٥٠]، وقد يراد بِها الأخوة في النَّسب والمشتَرك لا يكون حجةً بدون البيان، وفي مجموع النوازل: لو قال لغلامه: هذا عمِّي، أو قال: هذا خالي، أو قال لأمته: هذه عمتي أو هذه خالتي يعتق، ولو قال: هذا أخي أو هذه أختي لا يعتق لأنَّ الأخ اسمٌ مشتَركٌ بخلاف اسم العم والخال، فإن قيل: البنوة أيضًا تختلف بين رضاعةٍ ونسبٍ فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله: هذا ابني؟ قلنا: إنَّ البنوة من الرضاع مجازٌ والمجاز لا يعارض الحقيقة.

قوله: وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ هٰذَا ابْنَتِي فَقَدْ قِيلَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ هُوَ بِالْإِجْمَاعِ، أي يعتقُ، لأنَّ المشار إليه إذا لم يكن من جنس المسمَّىٰ فالعبْرَة للمسمى، كما لو باع فصًّا علىٰ أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطلٌ، والذكر والأنثىٰ من بني آدم جنسان مختلفان،

(وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بَائِنٌ أَوْ تَخَمَّرِي وَنَوَىٰ بِهِ العِتْقَ لَمْ تُعْتَقْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - تُعْتَقُ إِذَا نَوَىٰ، وَكَذَا عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ سَائِرُ أَلْفَاظِ الصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ عَلَىٰ مَا قَالَ مَشَايِخُهُمْ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، لَهُ أَنَّهُ نَوَىٰ مَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ لِأَنَّ بَيْنَ المِلْكَيْنِ مُوَافَقَةً إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِلْكُ العَيْنِ، أَمَّا مِلْكُ اليَمِينِ فَظَاهِرٌ، وَكَذٰلِكَ مِلْكُ النِّكَاحِ فِي حُكْمِ مِلْكِ العَيْنِ حَتَّىٰ كَانَ التَّأْبِيدُ مِنْ شَرْطِهِ وَالتَّأْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ وَعَمَلُ اللَّفْظَيْنِ فِي إِسْقَاطِ مَا هُوَ حَقُّهُ وَهُوَ المِلْكُ، وَلِهٰذَا يَصِحُّ التَّعْلِيقُ فِيهِ بِالشَّرْطِ، أَمَّا الأَحْكَامُ فَتَثْبُتُ بِسَبَبٍ سَابِقٍ وَهُوَ

فإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمَّىٰ تعلق الحكم بالمسمَّىٰ وهو معدومٌ، ولا يمكن تصحيح الكلام إيجابًا ولا إقرارًا في المعدوم.

قوله: وَكَذٰلِكَ مِلْكُ النِّكَاحِ فِي حُكْمِ مِلْكِ العَيْنِ حَتَّىٰ كَانَ التَّأْبِيدُ مِنْ شَرْطِهِ وَالتَّأْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ، ولو كان النكاح في حكم ملك المنفعة لكان التأقيت من شرطه والتأبيد مبطلاً له، كما في الإجارة.

قوله: وَعَمَلُ اللَّفْظَيْنِ، أي قوله: أنت حر، أنت طالق.

قوله: وَلِهٰذَا يَصِحُّ التَّعْلِيقُ فِيهِ، أي في الإعتاق، وإنَّه ممَّا يوضح كون عمله في الإسقاط.

قوله: أَمَّا الأَحْكَامُ فَتَثْبُتُ بِسَبَبٍ سَابِقٍ، جوابٌ للشافعي رحمه الله تعالىٰ عن قولنا أنَّ الإعتاق إثبات القوَّة، ولهذا تثبت به أحكام مثل الأهليَّة والولاية والشهادة فلا يشبه الطلاق الذي هو إسقاطٌ محضٌ قال إنَّ الإعتاق إسقاطٌ أيضًا بدليل صحة التعليق فيهما،

كَوْنُهُ مُكَلَّفًا، وَلِهٰذَا يَصْلُحُ لَفْظَةُ العِتْقِ وَالتَّحْرِيرُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ فَكَذَا عَكْسُهُ، وَلَنَا أَنَّهُ نَوَىٰ مَا لَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لُغَةً إِثْبَاتُ القُوَّةِ وَالطَّلَاقَ رَفْعُ القَيْدِ، وَهٰذَا لِأَنَّ العَبْدَ أُلْحِقَ بِالْجَمَادَاتِ وَبِالْإِعْتَاقِ يَحْيَا فَيَقْدِرُ، وَلَا كَذٰلِكَ المَنْكُوحَةُ فَإِنَّهَا قَادِرَةٌ إِلَّا أَنَّ قَيْدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلَاقِ يَرْتَفِعُ المَانِعُ فَتَظْهَرُ القُوَّةُ وَلَا خَفَاءَ أَنَّ الأَوَّلَ

ولا يرد علىٰ ثبوت تلك الأحكام لأنَّها ثابتةٌ بسببٍ سابقٍ وهو كونه مكلفًا، غير أنَّ الرقَّ كان مانعًا وبالإعتاق زال المانع فصار كالطلاق.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ نَوَىٰ مَا لَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ، كما لو قال: اسقني ونوى به العتق، وهذا لأنَّ الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقةً وهو ظاهر، ولا مجازًا لأنَّه لا يكون بلا مشابَهةٍ ولا مشابهة بينهما لأنَّ الإعتاق إثبات القوَّة إذ العبد أُلْحَق بالأموات لأنَّ الرق أثر الكفر وهو موت حكمًا وبالإعتاق يحيى ويقدر ويصير أهلاً للمالكية، والطلاق رفع القيد لأنَّها بعد النكاح بقيت حرَّةً قادرةً كما كانت لكنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوَّة الكاملة فيها، ولأنَّ ملك اليمين فوق ملك النكاح بدليل أنَّه يدخل فيه ملك المتعة تبعًا ولا ينعكسُ فكان إسقاطه أقوىٰ لأنه يزيل أقوى الملكين ولأنه يزيل ملك الرقبة وملك المتعة في محله، ومن شرط المجاز أنه لا يكون عمله في محل المجاز أقوىٰ من عمله في محل الحقيقة لأنَّ عمله في محل حقيقته إزالة المانع من الفعل فقط، وفي محل المجاز إثبات القدرة وإزالة الضعف، ولا شكَّ أنَّ الثاني أقوىٰ، ولهذا لا يعتق بأنتِ طالق وإن نوىٰ به العتق وتطلق بأنتِ حرَّة إن نوى به الطلاق، فإن قيل: ملك النكاح في حكم ملك العين فيكون رفعه في حكم رفع ملك اليمين أيضًا، قلنا: ولكنه في الحقيقة ليس بملك عين فإنَّها حرة مالكة

أَقْوَىٰ، وَلِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ فَوْقَ مِلْكِ النِّكَاحِ فَكَانَ إِسْقَاطُهُ أَقْوَىٰ وَاللَّفْظُ يَصْلُحُ مَجَازًا عَمَّا هُوَ دُونَ حَقِيقَتِهِ لَا عَمَّا هُوَ فَوْقَهُ، فَلِهٰذَا امْتَنَعَ فِي المُتَنَازَعِ فِيهِ وَانْسَاغَ فِي عَكْسِهِ.

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مِثْلُ الحُرِّ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ المِثْلَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُشَارَكَةِ فِي بَعْضِ المَعَانِي عُرْفًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي الحُرِّيَّةِ (وَلَوْ قَالَ: مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ عَلَىٰ وَجْهِ التَّأْكِيدِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ (وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٍّ لَا يُعْتَقُ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِحَذْفِ حَرْفِهِ (وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٍّ عَتَقَ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الحُرِّيَّةِ فِيهِ إِذِ الرَّأْسُ يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ.

نفسها فلم يكن ما يرفع ذلك الملك في معنى ما يرفع ملك الرقبة من كل وجهٍ، فإن قيل: الآدمي خلق مالكًا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وبملك اليمين يمتنع ذلك كما في النكاح، قلنا: لا كذلك بل الآدميُّ حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانًا لا يملك نفسه ولا غيره بل بصفة الحرية يملك وهذه الصفة تزول بالرقِّ فتزول المالكية وهي علة ملك الانطلاق شرعًا وبالتحرير تثبت المالكية وصفة المالكية لا تزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها، وهذا كما تسقط القوة بالمرض فيداوىٰ فيقوىٰ على المشي، والموثق يرفع وثاقه فيقدر على المشي، فلا يكون بين رفع الوثاق وبين إثبات القوة بالمداواة تشاكلٌ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ
[مَنْ مَلَك ذا رَحِمٍ مِنْه]

(وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) وَهٰذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَقَالَ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ» وَاللَّفْظُ بِعُمُومِهِ يَنْتَظِمُ كُلَّ قَرَابَةٍ

فصل
[من ملك ذا رحمٍ منه]

قوله: وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَهٰذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رواه عُمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله تعالىٰ عنهم.

قوله: وَاللَّفْظُ بِعُمُومِهِ يَنْتَظِمُ كُلَّ قَرَابَةٍ، أي لفظ ذا رحم محرم عام كأنه أراد به العام بعموم الصفة، لأنَّ ذا رحم يستدعي موصوفًا لا محالة، فيكون المعنى: من ملك إنسانًا ذا رحمٍ محرمٍ منه.

قوله: فَهُوَ حُرٌّ، الضمير يرجع إليه فيعمُّ بعمومه، ثم عند أصحاب الظواهر منهم داؤد الأصفهانِي إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعتاق، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتَريه فيعتقه» ففيه تنصيصٌ علىٰ أنه يستحقُّ عليه إعتاقه، ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله عليه الصلاة والسلام «فيعتقه» معنًى، ولأنَّ القرابة لو أوجبت رفع الملك لمنعت وقوعه كما في ملك النكاح، فلمَّا لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الأوْلىٰ، ولنا أنَّ الفاءَ للوصل والتعقيب فيقتضي أن يكون معتقًا بذلك الشراء لا بفعل مبتدأ، كما يقال أطعمه فأشبعه، وسقاه فأرواه، أي بذلك الإطعام والسقي،

مُؤَيَّدَةٍ بِالْمَحْرَمِيَّةِ وِلَادًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِهِ، لَهُ أَنَّ ثُبُوتَ العِتْقِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ المَالِكِ يَنْفِيهِ القِيَاسُ أَوْ لَا يَقْتَضِيهِ، وَالْأُخُوَّةُ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَنْ قَرَابَةِ الوِلَادَةِ فَامْتَنَعَ الإِلْحَاقُ أَوِ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ، وَلِهٰذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُبُ عَلَى المَكَاتِبِ فِي غَيْرِ الوِلَادِ وَلَمْ يَمْتَنِعْ فِيهِ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ مَلَكَ قَرِيبَهُ قَرَابَةً مُؤَثِّرَةً

لأنه لو صار معتقًا بفعلٍ مبتدأ قد يوجد ذلك وقد لا يوجد فلا يتحقَّق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقَّق إلَّا بعد الملك، وانتفاء ملك النكاح لحرمة المحل وهو موجود قبل العقد.

قوله: وِلَادًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِهِ، أي غير الولاد، لأنَّ العتق أقوى الصِّلات فيناط بأقرب القربات وهو الولاد لمكان الحرية والأصل هو الاتفاق بين البعض والكلِّ فجعل ملك الرجل ولده وأباه كملك نفسه، والعبد إذا ملك نفسه عتق فكذا إذا ملك أباه أو ولده.

قوله: وَالْأُخُوَّةُ وَمَا يُضَاهِيهَا، وهي القرابة المتوسطة تتجاور في الأصلاب والأرحام كالأعمام والأخوال وبنيهم، وقد ألحقت بالبعيدة في الشهادة والقود والزكاة وحلِّ الحليلة وامتناع التكاتب، فكذا في هذا الحكم.

قوله: فَامْتَنَعَ الإِلْحَاقُ، أي بالقياس لأنَّ الحكم في الأصل ثابتٌ مع منافاة القياس فلا يجري في مثله القياس.

قوله: أَوِ الِاسْتِدْلَالُ، أي امتنع دلالة النصِّ أيضًا لأنَّ قرابة الأخوة أدنىٰ مرتبة من قرابة الولاد، ويشتَرط في الدلالة مساواة الفرع الأصل من كل وجهٍ.

قوله: وَلِهٰذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُبُ، بيانٌ للفرق بين الولاد وغيره.

فِي المَحْرَمِيَّةِ فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَهٰذَا هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الأَصْلِ، وَالْوِلَادُ مَلْغِيٌّ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا وَيَحْرُمُ قَطْعُهَا حَتَّىٰ وَجَبَتِ النَّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ لِعُمُومِ العِلَّةِ.

قوله: حَتَّىٰ وَجَبَتِ النَّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ، أيضًا لكون الولاد ملغى في الأصل وهو قرابة الولاد وقد أجمعنا بالعتق فيها عند الملك فكذا في القرابة المؤيدة بالمحرمية، وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقًا للصلة المفترَضة وتحرزًا عن القطيعة المحرمة فلأَن يعتق أَوْلىٰ إذ بقاء الملك أعلىٰ من القطيعة، ولا يقال: ما ذكر من وجوب النفقة لا يلزم الخصمَ لأنه لا نفقة في غير الولاد عنده، لأنا نقول: يلزمه لأنه لمَّا ثبت وجوب النفقة لذي الرحم المحرم بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] لم يعتبر إنكار منكر بعده، فإن قيل: إنَّ حرمة النكاح أسرع ثبوتًا من العتق، ألا ترى أنَّ حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولا يثبت به العتق، فلِمَ يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق؟ قلنا: كلامنا في حرمةٍ كانت صيانة عن الذلِّ تحقيقًا للصلة وليس للرضاع أثرٌ في وجوب الصلة ألا ترىٰ أنه يجري التوارث ولا وجوب النفقة في الرضاع فعلمنا أنَّ حرمة النكاح لم تثبت في الرضاع صلةً بل النصُّ أثبت حرمته فيه كما أثبت حرمة نكاح المشركة فإنَّ حرمة النكاح تثبت بالنساء غير القرابة وليس كلامنا فيه.

قوله: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ، إنَّما قيَّد به لأنَّ الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه.

قوله: لِعُمُومِ العِلَّةِ، وهو الملك مع القرابة، فإن قيل: العتق وجب صلةً كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين، قلنا: إيجاب النفقة يثبت بالنصِّ باسم الوارث فاعتبِر فيها

وَالْمُكَاتَبُ إِذَا اشْتَرَىٰ أَخَاهُ وَمَنْ يَجْرِي مَجْرَاهُ لَا يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِلْكٌ تَامٌّ يُقْدِرُهُ عَلَى الإِعْتَاقِ وَالِافْتِرَاضِ عِنْدَ القُدْرَةِ، بِخِلَافِ الوِلَادِ لِأَنَّ العِتْقَ فِيهِ مِنْ مَقَاصِدِ الكِتَابَةِ فَامْتَنَعَ البَيْعُ فَيَعْتِقُ تَحْقِيقًا لِمَقْصُودِ العَقْدِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَتَكَاتَبُ عَلَى الأَخِ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُهُمَا قُلْنَا أَنْ نَمْنَعَ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَلَكَ ابْنَةَ عَمِّهِ وَهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضَاعِ لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ مَا ثَبَتَتْ بِالْقَرَابَةِ وَالصَّبِيُّ جُعِلَ أَهْلًا

الإرث والعتق يثبت بالنص باسم ذي رحم محرم فلم يعتبر الإرث.

قوله: وَالِافْتِرَاضِ عِنْدَ القُدْرَةِ، يعني صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولا قدرة للمكاتب علىٰ كتابة أخيه لأنَّ الكتابة نوع عتق ولا قدرة له على الإعتاق، بخلاف الولاد لأنَّ مقصوده أن يعتق بجميع أجزائه فيسري العتق إلى قريبه ولادًا تحقيقًا لمقصوده، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما، قلنا إن نمنع وحل وضع الزكاة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكاة نفسها صلة ولكن لم يحل بين الآباء والأبناء لأنَّ التمليك لم يعمَّ للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الأخوين، وكذا الشهادة لأبيه لا تصحُّ لأنه كالشاهد لنفسه من حيث إنه جرَّ النفع وقد عدم في الأخ، وكذا وجوب القصاص لأنَّ الابن يقتل بأبيه قصاصًا مع أنه يعتق عليه بالملك فتبين أنَّ الولد إنَّما لا يقتل أباه قصاصًا مع أنه يعتق عليه بالملك لأنَّ الشرع حرم عليه قصد الأب كرامةً للأب لا لأنه يعتق عليه لو ملكه، وكذا حلُّ الحليلة لأنَّ الوحشة التي تلحق الإنسان تحلُّ حليلته لغيره دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة قهرًا لحقِّ الملك فإن لم تجب الصيانة عن أدنى الأمرين بالمحرمية بالرحم لا يدل على أنه لا يجب عن الأعلىٰ.

قوله: لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ مَا ثَبَتَتْ بِالْقَرَابَةِ، والأمة إذا اجتمعت على أنَّ المراد بالمحرم

لِهٰذَا العِتْقِ، وَكَذَا المَجْنُونُ حَتَّىٰ عَتَقَ القَرِيبُ عَلَيْهِمَا عِنْدَ المِلْكِ؛ لِأَنَّـهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَبْدِ فَشَابَهَ النَّفَقَةَ.

(وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لِوَجْهِ اللهِ تَعَالَىٰ أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ) لِوُجُودِ رُكْنِ الإِعْتَاقِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ وَوَصْفُ القُرْبَةِ فِي اللَّفْظِ الأَوَّلِ زِيَادَةٌ فَلَا يَخْتَلُّ العِتْقُ بِعَدَمِهِ فِي اللَّفْظَيْنِ الآخَرَيْنِ.

(وَعِتْقُ المُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ وَاقِعٌ) لِصُدُورِ الرُّكْنِ مِنَ الأَهْلِ فِي المَحَلِّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَإِنْ أَضَافَ العِتْقَ إِلَىٰ مِلْكٍ أَوْ شَرْطٍ صَحَّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ) أَمَّا الإِضَافَةُ إِلَى المِلْكِ فَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَأَمَّا التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ فَلِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيُجْرَىٰ فِيهِ التَّعْلِيقُ بِخِلَافِ التَّمْلِيكَاتِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

(وَإِذَا خَرَجَ عَبْدُ الحَرْبِيِّ إِلَيْنَا مُسْلِمًا عَتَقَ) «لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي عَبِيدِ الطَّائِفِ حِينَ خَرَجُوا إِلَيْهِ مُسْلِمِينَ هُمْ عُتَقَاءُ اللهِ

المحرم بسبب القرابة.

قوله: فَشَابَهَ النَّفَقَةَ، أي كما يجب على الصبيِّ والمجنون نفقة الأبوين وولد المجنون وكل ذي رحم محرم منهما فكذا العتق على الملك.

قوله: وَأَمَّا التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ، فإنه صحيحٌ في الملك، بلا خلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالىٰ.

تَعَالَىٰ» وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَلَا اسْتِرْقَاقَ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً.

(وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلًا عَتَقَ حَمْلُهَا تَبَعًا لَهَا) إِذْ هُوَ مُتَّصِلٌ بِهَا (وَلَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ خَاصَّةً عَتَقَ دُونَهَا) لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى إِعْتَاقِهَا مَقْصُودًا لِعَدَمِ الإِضَافَةِ إِلَيْهَا وَلَا إِلَيْهِ تَبَعًا لِمَا فِيهِ مِنْ قَلْبِ المَوْضُوعِ، ثُمَّ إِعْتَاقُ الحَمْلِ صَحِيحٌ وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ نَفْسَهُ شَرْطٌ فِي الهِبَةِ وَالْقُدْرَةُ عَلَيْهِ فِي البَيْعِ وَلَمْ يُوجَدْ ذَٰلِكَ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْجَنِينِ وَشَيْءٍ مِنْ ذَٰلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الإِعْتَاقِ فَافْتَرَقَا.

(وَلَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ عَلَىٰ مَالٍ صَحَّ وَلَا يَجِبُ المَالُ) إِذْ لَا وَجْهَ إِلَى إِلْزَامِ المَالِ عَلَى الجَنِينِ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ عَلَيْهِ، وَلَا إِلَىٰ إِلْزَامِهِ الأُمَّ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ العِتْقِ نَفْسٌ عَلَىٰ حِدَةٍ، وَاشْتِرَاطُ بَدَلِ العِتْقِ عَلَىٰ غَيْرِ المُعْتِقِ لَا يَجُوزُ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الخُلْعِ، وَإِنَّمَا يُعْرَفُ قِيَامُ الحَبَلِ وَقْتَ العِتْقِ إِذَا جَاءَتْ

قوله: وَلَا اسْتِرْقَاقَ عَلَى المُسْلِمِ ابْتِدَاءً، احترز به عن الاسترقاق بقاءً لأنَّ الرقَّ جزاء الكفر لكنه في حالة البقاء صار من الأمور الحكمية فيصحُّ بقاءً كما يصح بقاء الأملاك بعد وجود أسبابِها.

قوله: وَلَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ عَلَىٰ مَالٍ، بأن قال لأمته: أعتقت ما في بطنكِ علىٰ ألف درهم عليكِ، فقبلت ثم ولدت لأقلَّ من ستة أشهر فهو حرٌّ تيقنًا بوجود ما في البطن حين علق عتقه بقبولها وقد وجد منها القبول.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الخُلْعِ، المذكور في باب الخلع أنَّ اشتراط بدل الخلع على

بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْهُ، لِأَنَّهُ أَدْنَىٰ مُدَّةِ الحَمْلِ.

قَالَ: (وَوَلَدُ الأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ) لِأَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائِهِ فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ، هٰذَا هُوَ الأَصْلُ، وَلَا مُعَارِضَ لَهُ فِيهِ لِأَنَّ وَلَدَ الأَمَةِ لِمَوْلَاهَا.

(وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا) لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الأُمِّ بِاعْتِبَارِ الحَضَانَةِ أَوْ لِاسْتِهْلَاكِ مَائِهِ بِمَائِهَا وَالْمُنَافَاةُ مُتَحَقِّقَةٌ وَالزَّوْجُ قَدْ رَضِيَ بِهِ، بِخِلَافِ وَلَدِ المَغْرُورِ لِأَنَّ الوَالِدَ مَا رَضِيَ بِهِ.

(وَوَلَدُ الحُرَّةِ حُرٌّ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ) لِأَنَّ جَانِبَهَا رَاجِحٌ فَيَتَّبِعُهَا فِي وَصْفِ الحُرِّيَّةِ كَمَا يَتَّبِعُهَا فِي المَمْلُوكِيَّةِ والمَرْقُوقِيَّةِ وَالتَّدْبِيرِ وَأُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ وَالْكِتَابَةِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

الأجنبي يجوز ولم يذكر اشتراط بدل العتق على الأجنبيِّ.

قوله: وَوَلَدُ الأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ، لِأَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائِهِ فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ، هٰذَا هُوَ الأَصْلُ - أي الأصل أن يكون حكم الجزء حكم الكل - وَلَا مُعَارِضَ لَهُ فِيهِ، أي للأب في هذا الأصل، لأنَّ الأمة تبعٌ للمولىٰ فيكون ماؤها تبعًا له أيضًا ولا معارضة بين التبع والأصل لعدم المساواة، بخلاف ما إذا كانت منكوحة فإنَّ ماءَها يكون معارضًا لمائه فيصار إلى التَّرجيح فيُرجَّح ماؤها لأنَّ ماءه صار مستهلكًا بمائها لأنَّ ماءها في موضعه وماؤه انتقل من موضعه والشيء في محله أقْوَىٰ، والله أعلم بالصواب.

بَابُ العَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ

(وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَىٰ بَعْضَ عَبْدِهِ) عُتِقَ ذٰلِكَ القَدْرُ وَيَسْعَىٰ فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: (يُعْتَقُ كُلُّهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَا أَعْتَقَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، فَإِضَافَتُهُ إِلَى البَعْضِ كَإِضَافَتِهِ إِلَى الكُلِّ فَلِهٰذَا يُعْتَقُ كُلُّهُ، لَهُمْ أَنَّ الإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ العِتْقِ وَهُوَ قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ،

باب العبد يعتق بعضه

قوله: وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَىٰ بَعْضَ عَبْدِهِ، عُتِقَ ذٰلِكَ القَدْرُ، أي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق، وإنَّما أراد به ثبوت أثره وهو زوال الملك وقد نصَّ عليه في المبسوط أنه لا يعتق شيءٌ منه بإعتاق البعض، ولا خلاف أنَّ الرقَّ والعتق لا يتجزَّءان وإنَّما الخلاف في الإعتاق، وقال صاحب الميزان في طريقته أنَّ المعنى من قولنا الإعتاق يتجزَّأ ليس هو أنَّ ذات القول يتجزَّأ أو حكمه يتجزَّأ، بل معنى ذلك أنَّ المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزَّأ فيتصوَّر ثبوته في النصف دون النصف، وحاصل الخلاف راجعٌ إلى أنَّ إعتاق البعض هل يوجب زوال الرقِّ عن الكلِّ أم لا؟ فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقًا ولكن زال الملك بقدره، وعندهما يوجب زوال الرقِّ عن الكل.

قوله: وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فقوله مثل قولهما فيما إذا كان المولىٰ واحدًا أو كان المعتق موسرًا، أمَّا إذا كان معسرًا يبقىٰ ملك الساكت كما كان، حتى يجوز له أن يبيع ويهب عنده ما يجيء في الكتاب.

وَإِثْبَاتُهَا بِإِزَالَةِ ضِدِّهَا وَهُوَ الرِّقُّ الَّذِي هُوَ ضَعْفٌ حُكْمِيٌّ وَهُمَا لَا يَتَجَزَّآنِ فَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَالِاسْتِيلَادِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ العِتْقِ بِإِزَالَةِ المِلْكِ، أَوْ هُوَ إِزَالَةُ المِلْكِ لِأَنَّ المِلْكَ حَقُّهُ وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرْعِ أَوْ حَقُّ العَامَّةِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ المُتَصَرِّفِ وَهُوَ إِزَالَةُ حَقِّهِ لَا حَقِّ

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ الإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ العِتْقِ بِإِزَالَةِ المِلْكِ، أَوْ هُوَ إِزَالَةُ المِلْكِ، ووجه المغايرة هو أنَّ في الوجه الأول يكون الإعتاق إثبات القوة بواسطة إزالة الملك فتكون إزالة الملك علَّةً والإعتاق وهو إثبات القوَّة حكمها، وفي الوجه الثاني تكون إزالة الملك عين الإعتاق.

قوله: وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرْعِ، لأنه جزاء الاستنكاف، فإنَّ الكفار لمَّا استنكفوا عن عبادة الله تعالىٰ جازاهم بأن جعلهم عبيد عبيده، والجزاء ما يجب لله تعالىٰ على مقابلة فعل العبد فيكون حقه، ولهذا سُمِّي القطع جزاءً لأنه خالصُ حقِّه.

قوله: أَوْ حَقُّ العَامَّةِ، لأنَّ الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الجمادات من الأموال فصار في حقِّهم بمنزلة الجماد ليصلوا إلى الانتفاع بهم ويكون معونةً لهم على إقامة التكاليف، فلو جعلنا الإعتاق إزالةً للرقِّ قصدًا لكان العبد مبطلاً لحقِّ الغير قصدًا، ولو جعلناه إزالةً للملك قصدًا وثبت في ضمنه زوال الرقِّ وثبوت العتق لكان فيه إبطال حقِّ الغير ضمنًا، والمرء لا يتمكَّن من إبطال حقِّ الغير قصدًا ويتمكَّن من إبطال حقِّ نفسه قصدًا ثم يبطل به حقُّ غيره ضمنًا، ألا ترىٰ أنَّ العبد المشترك إذا أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يجز، ولو أعتق نصيبه يتعدَّىٰ إلىٰ نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنًا.

قوله: وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ المُتَصَرِّفِ وَهُوَ إِزَالَةُ حَقِّهِ لَا حَقِّ

غَيْرِهِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ التَّصَرُّفَ يَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَوْضِعِ الإِضَافَةِ وَالتَّعَدِّي إِلَىٰ مَا وَرَاءَهُ ضَرُورَةَ عَدَمِ التَّجْزِيءِ، وَالْمِلْكُ مُتَجَزِّئٌ كَمَا فِي البَيْعِ وَالْهِبَةِ فَيَبْقَىٰ عَلَى الأَصْلِ، وَتَجِبُ السِّعَايَةُ لِاحْتِبَاسِ مَالِيَّةِ البَعْضِ عِنْدَ العَبْدِ، وَالْمُسْتَسْعَىٰ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ عِنْدَهُ لِأَنَّ الإِضَافَةَ إِلَى البَعْضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ فِي كُلِّهِ، وَبَقَاءُ المِلْكِ فِي بَعْضِهِ يَمْنَعُهُ، فَعَمِلْنَا بِالدَّلِيلَيْنِ بِإِنْزَالِهِ مُكَاتَبًا إِذْ هُوَ مَالِكُ يَدٍ إِلَّا رَقَبَةً، وَالسِّعَايَةُ كَبَدَلِ الكِتَابَةِ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَهُ، وَلَهُ خِيَارُ أَنْ يُعْتِقَهُ لِأَنَّ المُكَاتَبَ قَابِلٌ لِلْإِعْتَاقِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ لَا يُرَدُّ إِلَى الرِّقِّ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لَا إِلَىٰ أَحَدٍ فَلَا يَقْبَلُ الفَسْخَ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ المَقْصُودَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ،

غَيْرِهِ، والأصل أنَّ حكم التصرف لا يكون متعديًا عن محل التصرف إلىٰ محلٍّ آخر، وإنَّما يتعدى إلىٰ ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزٍّ كما مرَّ فيبقى على الأصل.

قوله: وَالْمُسْتَسْعَىٰ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ عِنْدَهُ لِأَنَّ الإِضَافَةَ إِلَى البَعْضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ فِي كُلِّهِ، أي باعتبار العتق لأنه لا يتجزَّى، أو لأنه لمَّا أسقط ملكه عن بعض العبد وجب أن تثبت للعبد ولايةٌ في ذلك البعض، ولا تثبت المالكية في ذلك البعض إلا بثبوتها في الكلِّ.

قوله: لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لَا إِلَىٰ أَحَدٍ، لأنَّ الكتابة إسقاط يده الثابتة إلى العبد بالعوض فيكون عينه باقيًا فيمكن ردُّه إليه بواسطة انعدام البدل المقابل بها، ولا كذلك في فصل السعاية لأنَّ التصرف إنَّما يثبت له بواسطة سقوط الملك في البعض وهو إسقاطٌ لا إلىٰ أحد فلا يبقىٰ ذلك فلا يمكن القول بردِّه.

وَلَيْسَ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ حَالَةٌ مُتَوَسِّطَةٌ، فَأَثْبَتْنَاهُ فِي الكُلِّ تَرْجِيحًا لِلْمُحَرَّمِ، وَالِاسْتِيلَادُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ، حَتَّىٰ لَوِ اسْتَوْلَدَ نَصِيبَهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَفِي القِنَّةِ لَمَّا ضَمِنَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالْإِفْسَادِ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَكَمُلَ الِاسْتِيلَادُ.

(وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، فَإِنْ ضَمِنَ رَجَعَ المُعْتِقُ عَلَى العَبْدِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ، وَإِنْ أَعْتَقَ أَوِ اسْتَسْعَىٰ فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا فِي الوَجْهَيْنِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ إلَّا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ وَالسِّعَايَةُ مَعَ الإِعْسَارِ،

قوله: وَالِاسْتِيلَادُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ، جوابٌ عن قولهم: فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد.

قوله: مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ، وإنَّما يملكها بدون رضاء الساكت لأنه لمَّا ثبت النسب تحقَّقت العلة لثبوت العتق بِها وعملت عملها في بعض المحل فتحقَّقت الضرورة إلىٰ تملك نصيب صاحبه، إذ العمل بالعلة في البعض دون البعض غير مشروعٌ، كمن استولَّى على مباح وأراد أن يتملك البعض دون البعض وتملَّك مال الغير عند الضرورة ببدل يعدله جائزٌ في حالة المخمصة، وهذا بخلاف ما إذا استولدها بالنكاح لأنه ثمَّة لم تعمل العلة في شيء منها وتأخُّر عمل العلة إلىٰ زمان وجود الشرط جائزٌ.

وَلَا يَرْجِعُ الْمُعْتِقُ عَلَى العَبْدِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ) وَهٰذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُبْتَنَىٰ عَلَىٰ حَرْفَيْنِ: أَحَدُهُمَا: تَجْزِيءُ الإِعْتَاقِ وَعَدَمُهُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَالثَّانِي: أَنَّ يَسَارَ الْمُعْتِقِ لَا يَمْنَعُ سِعَايَةَ العَبْدِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَمْنَعُ، لَهُمَا فِي الثَّانِي قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الرَّجُلِ يُعْتِقُ نَصِيبَهُ، «إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَىٰ فِي حِصَّةِ الآخَرِ»، قُسِّمَ وَالْقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ، وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ عِنْدَ العَبْدِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ

قوله: تُبْتَنَىٰ عَلَىٰ حَرْفَيْنِ، والحرف الثاني يرجع إلى الحرف الأول لأنَّ الإعتاق لمَّا كان يتجزَّأ لم يعتق نصيب الساكت وبقىٰ مملوكًا له، لكن بصفة الفساد لا يجوز بيعه ولا هبته، وقد وُجد جهتا الضمان من المعتق بالإفساد بطريق التسبيب والثاني احتباس المالية في يد العبد فيميل الساكت إلىٰ أيِّهما شاء، وعندهما لمَّا كان لا يتجزَّأ عتق الكل فلا يتصوَّر احتباس المالية في يد العبد، غير أنَّ المعتق إن كان موسرًا فعليه الضمان وإن كان معسرًا فعليه السعاية بالنصِّ، ثم اختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، في رواية إذا اختار العتق أو السعاية علم أنه هو الواجب من الأصل، وعندهما الضمان هو الأصل، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا مات العبد أو المعتق الموسر قبل التضمين أو الاستسعاء فعلى الرواية الأولىٰ له حقُّ التضمين لأنَّ الضمان هو الأصل فلا يسقط بالموت كما في الغصب، وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك لأنَّ الضمان يثبت بشرط ملك المضمون وذلك لا يتصوَّر بعد الموت، وكذا لو مات العبد وترك أكسابًا فعلى الرواية الأولى ليسَ له أخذ الأكساب بطريق السعاية لأنَّ الضمان هو الأصل فيكون استكسابًا بعد الموت، وذلك لا يجوز بعد موت العبد، وعلى الرواية الثانية له أن يأخذ الأكساب لأنَّ الواجب أحدهما فتبيَّن أنَّ الواجب من الأصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابًا قبل الموت وبموت المكاتب

كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي ثَوْبِ إِنْسَانٍ وَأَلْقَتْهُ فِي صَبْغِ غَيْرِهِ حَتَّى انْصَبَغَ بِهِ فَعَلَىٰ صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَةُ صَبْغِ الآخَرِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِمَا قُلْنَا فَكَذَا هَاهُنَا، إِلَّا أَنَّ العَبْدَ فَقِيرٌ فَيَسْتَسْعِيهِ، ثُمَّ المُعْتَبَرُ يَسَارُ

لا تبطل الكتابة فيأخذ الأكساب.

قوله: كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي ثَوْبِ إِنْسَانٍ وَأَلْقَتْهُ فِي صَبْغِ غَيْرِهِ حَتَّى انْصَبَغَ بِهِ فَعَلَىٰ صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَةُ صَبْغِ الآخَرِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِمَا قُلْنَا، أي احتبست ماليته عنده، فإن قيل: هذا القياس وقع معارضًا لحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «إن كان غنيًّا ضمن وإن كان فقيرًا سعى العبد» وكل قياس هو مخالف للنصِّ فهو مردودٌ، قلنا: ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم علىٰ أصلنا فجاز له أن يستسعى عند وجود الدليل وإن كان موسرًا، وفائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرًا.

قوله: ثُمَّ المُعْتَبَرُ يَسَارُ التَّيْسِيرِ، وذكر في العيون: وهو المختار أنَّ الموسر في ضمان العتق من يملك ما يساوي نصف المعتق سوى المنزل والخادم ومتاع البيت وثياب الجسد، وتعتبَر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الإعتاق فكذا حال المعتق في يساره وإعساره، وإن قال أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه ونظر إليه يوم ظهر العتق، كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت في تضمين المعتق إبراء للعبد واختياره أن يقول اختَرت أنَّ أضمنك أو يقول أعطني حقِّي، وعن محمَّد رحمه الله تعالىٰ أن يتَراضيا على الضمان أو يقضي به القاضي، وفي الراويات كلها إذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لأنه ليس في الاستسعاء نقل الملك فلا يتوقَّف على قضاء ولا رضاء بخلاف التضمين، ولو مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئًا فعن

التَّيْسِيرِ، وَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مِنَ المَالِ قَدْرَ قِيمَةِ نَصِيبِ الآخَرِ لَا يَسَارُ الغِنَىٰ، لِأَنَّ بِهِ يَعْتَدِلُ النَّظَرُ مِنَ الجَانِبَيْنِ بِتَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ المُعْتِقُ مِنَ القُرْبَةِ وَإِيصَالِ بَدَلِ حَقِّ السَّاكِتِ إِلَيْهِ، ثُمَّ التَّخْرِيجُ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ، فَعَدَمُ رُجُوعِ المُعْتِقِ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبْدِ لِعَدَمِ السِّعَايَةِ عَلَيْهِ فِي حَالَةِ اليَسَارِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ العِتْقَ كُلَّهُ مِنْ جِهَتِهِ لِعَدَمِ التَّجْزِيءِ، وَأَمَّا التَّخْرِيجُ عَلَىٰ قَوْلِهِ فَخِيَارُ الإِعْتَاقِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي البَاقِي إِذِ الإِعْتَاقُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَالتَّضْمِينُ لِأَنَّ المُعْتِقَ جَانٍ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِهِ نَصِيبَهُ حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ البَيْعُ وَالْهِبَةُ وَنَحْوُ ذٰلِكَ مِمَّا سِوَى الإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ، وَالِاسْتِسْعَاءُ لِمَا بَيَّنَّا، وَيَرْجِعُ المُعْتِقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبْدِ لِأَنَّـهُ قَامَ مَقَامَ السَّاكِتِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَقَدْ كَانَ لَهُ ذٰلِكَ بِالِاسْتِسْعَاءِ فَكَذٰلِكَ لِلْمُعْتِقِ وَلِأَنَّـهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمْنًا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الكُلَّ لَهُ

أبي حنيفة رحمه الله تعالى ليسَ له تضمين المعتق لأنَّ التضمين بشرط نقل الملك إلى المعتق وقد فات النقل بالموت، وفي المشهور عنه له التضمين لأنَّ الضمان يستند إلىٰ حالة الإعتاق كما في تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجبٌ، ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب علىٰ عوض فالقياس أن يجوز كالتضمين، وفي الاستحسان لا، لأنَّ هذا تمليكٌ للحال وهو غير محل له، بخلاف التضمين فإنه تضمينٌ من وقت الإفساد وهو محلٌّ له.

قوله: مِمَّا سِوَى الإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ، من التدبير والاستيلاد.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي احتبست مالية نصيبه.

قوله: وَلِأَنَّـهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمْنًا، كما ينبغي أن لا يتملكه لأنه مكاتبٌ، قال

وَقَدْ عَتَقَ بَعْضُهُ فَلَهُ أَنْ يُعْتِقَ البَاقِيَ أَوْ يَسْتَسْعِيَ إنْ شَاءَ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ فِي هٰذَا الوَجْهِ لِأَنَّ العِتْقَ كُلَّهُ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، وَفِي حَالِ إعْسَارِ المُعْتِقِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَىٰ لِمَا بَيَّنَّا، وَالْوَلَاءُ لَهُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ العِتْقَ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا يَرْجِعُ المُسْتَسْعِي عَلَى المُعْتِقِ بِمَا أَدَّىٰ بِإِجْمَاعٍ بَيْنَنَا لِأَنَّهُ يَسْعَىٰ

إنما يملك ضمنًا لأداء الضمان لا قصدًا والضمنيات لا تعتبَر، وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق وإن شاء استسعىٰ والولاء له أي في نصيبه.

قوله: بِإِجْمَاعٍ بَيْنَنَا، احترَز به عن قول ابن أبي ليلىٰ فإنَّ عنده يرجع العبد بما سعى على المعتق لأنه يسعى لفكاك رقبته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أو لا يقضى دينًا على المعتق علىٰ قولهما لأنه حرٌّ مديونٌ عندهما فيقضىٰ دينًا عليه لا على المعتق، بخلاف المرهون إذا أعتقه الرَّاهن المعسر حيث يرجع على المعتق باعتبار أنه يسعىٰ في رقبته قد فكَّت على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وباعتبار أنه يقضى دين المعتق على قولهما، وقول الشافعي رحمة الله تعالى عليه في الموسر كقولهما وقال في المعسر: يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب، وهذا يخالف النصَّ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصًا من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك» وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر «كلف عتق بقيته»، ولو بقي رقيقًا كما كان لم يكلف عتق نفسه، وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا استسعى العبد يرجع على المعتق لأنه ألزمه هذه العهدة قصدًا، وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له، وكل ضمان له بدل لا يثبت الرجوع، أو لأنه لم تلزمه هذه العهدة قصدًا، وإنما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف المالك وكم من شيء يثبت ضمنًا وإن كان لا يجوز قصدًا، وقول زفر رحمه الله تعالىٰ كقول ابن أبي ليلىٰ رحمه الله

لِفِكَاكِ رَقَبَتِهِ أَوْ لَا يَقْضِي دَيْنًا عَلَى الْمُعْتَقِ إِذْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِعُسْرَتِهِ، بِخِلَافِ الْمَرْهُونِ إِذَا أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ الْمُعْسِرُ لِأَنَّهُ يَسْعَىٰ فِي رَقَبَةٍ قَدْ فُكَّتْ أَوْ يَقْضِي دَيْنًا عَلَى الرَّاهِنِ فَلِهٰذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الْمُوسِرِ كَقَوْلِهِمَا، وَقَالَ فِي الْمُعْسِرِ: يَبْقَىٰ نَصِيبُ السَّاكِتِ عَلَىٰ مِلْكِهِ يُبَاعُ وَيُوهَبُ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَىٰ تَضْمِينِ الشَّرِيكِ لِإِعْسَارِهِ وَلَا إِلَى السِّعَايَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ بِجَانٍ وَلَا رَاضٍ بِهِ، وَلَا إِلَى إِعْتَاقِ الْكُلِّ لِلْإِضْرَارِ بِالسَّاكِتِ فَتَعَيَّنَ مَا عَيَّنَاهُ، قُلْنَا: إِلَى الِاسْتِسْعَاءِ

تعالىٰ إلا أنَّ عند زفر رحمه الله تعالى يرجع المعتق على العبد أيضًا، وعند ابن أبي ليلىٰ رحمه الله لا يرجع المعتق على العبد لأنه ضامن نصفه، وقال ربيع وهو أستاذ مالك رحمه الله تعالىٰ: إذا أعتق أحد الشريكين لا يعتق أصلاً كيلا يتضرر شريكه، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، قلنا: إنَّ هذا النصَّ مشتَرك الدلالة فإنه لو لم ينفذ تصرفه في ملكه التام لتضرَّر به، ورُوِيَ أنَّ أبا يوسف رحمه الله تعالىٰ ناظر مع الربيع في هذه المسئلة فقال: أرأيتَ لو رضي به صاحبه، فتحيَّر ربيعة وإنما تحيَّر لأنه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه، ولو قال لم يجز لكان فيه إبطال علته، وقال بشر رحمه الله تعالى: يعتق كله كما قالا إلَّا أنَّ الضمان على المعتق موسرًا كان أو معسرًا قياسًا على إتلاف سائر الأموال، ونحن تركنا القياس بالنصِّ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصًا من عبد بينه وبين غيره إن كان موسرًا ضمن نصيب صاحبه وإلَّا سعى العبد غير مشقوق عليه» أي على العبد، وهذه المسئلة مسدَّسة لما فيها من الأقوال الستة.

قوله: وَلَا رَاضٍ بِهِ، أي العبد غير راضٍ بفعل الإعتاق لأنَّ الرضاء لا يتحقَّق إلَّا بعد العلم والمولى متفرد بالإعتاق فلا يكون العبد عالمًا به فلا يكون راضيًا.

سَبِيلٌ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الجِنَايَةِ بَلْ تُبْتَنَى السِّعَايَةُ عَلَى احْتِبَاسِ المَالِيَّةِ فَلَا يُصَارُ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ القُوَّةِ المُوجِبَةِ لِلْمَالِكِيَّةِ وَالضَّعْفِ السَّالِبِ لَهَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ.

قَالَ (وَلَوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ سَعَى العَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَكَذَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّ صَاحِبَهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ فَصَارَ مُكَاتَبًا فِي زَعْمِهِ عِنْدَهُ وَحَرُمَ عَلَيْهِ الِاسْتِرْقَاقُ فَيَصْدُقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَيُمْنَعُ مِن اسْتِرْقَاقِهِ وَيَسْتَسْعِيه لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحَقِّ الِاسْتِسْعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا لِأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ فَلِهٰذَا يَسْتَسْعِيَانِهِ، وَلَا يَخْتَلِفُ ذٰلِكَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الحَالَيْنِ فِي أَحَدِ شَيْئَيْنِ، لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ

قوله: وَلَوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ سَعَى العَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ، وهذا بعد أن يحلف كلّ واحد منهما على دعوىٰ صاحبه لأنَّ كل واحد منهما يدعي العتق على صاحبه ووجوب الضمان له أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما للآخر، كذا في الإيضاح.

قوله: كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا، لأنه إن كان صادقًا كان العبد بمنزلة المكاتب في حقّه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وإن كان كاذبًا كان العبد مملوكًا له، وأيًّامًا كان فله ولاية استسعائه واستكسابه.

قوله: وَلَا يَخْتَلِفُ ذٰلِكَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، لأنَّ حقه حالتي اليسار والإعسار في

لَا يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُ، وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ لِإِنْكَارِ الشَّرِيكِ فَتَعَيَّنَ الآخَرُ وَهُوَ السِّعَايَةُ، وَالْوَلَاءُ لَهُمَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَقُولُ عَتَقَ نَصِيبُ صَاحِبِي عَلَيْهِ بِإِعْتَاقِهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ، وَعَتَقَ نَصِيبِي بِالسِّعَايَةِ وَوَلَاؤُهُ لِي.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَلَا سِعَايَةَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبْرَأُ عَنْ سِعَايَتِهِ بِدَعْوَى العَتَاقِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنَّ الدَّعْوَىٰ لَمْ تَثْبُتْ لِإِنْكَارِ الآخَرِ وَالْبَرَاءَةُ عَنِ السِّعَايَةِ قَدْ ثَبَتَتْ لِإِقْرَارِهِ عَلَىٰ نَفْسِهِ (وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ سَعَىٰ لَهُمَا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي السِّعَايَةَ عَلَيْهِ صَادِقًا كَانَ أَوْ كَاذِبًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ إِذِ المُعْتِقُ مُعْسِرٌ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا سَعَىٰ لِلْمُوسِرِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ لِإِعْسَارِهِ، وَإِنَّمَا يَدَّعِي عَلَيْهِ السِّعَايَةَ فَلَا يَتَبَرَّأُ عَنْهُ (وَلَا يَسْعَىٰ لِلْمُعْسِرِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ لِيَسَارِهِ فَيَكُونُ مُبَرِّئًا لِلْعَبْدِ عَنِ السِّعَايَةِ، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ فِي جَمِيعِ ذَٰلِكَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُحِيلُهُ عَلَىٰ صَاحِبِهِ وَهُوَ يَتَبَرَّأُ عَنْهُ فَيَبْقَىٰ مَوْقُوفًا إِلَىٰ أَنْ يَتَّفِقَا عَلَىٰ إِعْتَاقِ أَحَدِهِمَا.

أحد الشيئين التضمين أو السعاية، ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك لجحود الشريك الإعتاق من جهته فتعيَّن السعاية ويكون الولاء بينهما، لأنَّ كل واحد منهما يعتَرِف أنَّ نصف الولاء لصاحبه بالإعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الأمر في حقهما

(وَلَوْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فُلَانٌ هٰذِهِ الدَّارَ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ دَخَلَ فَهُوَ حُرٌّ فَمَضَى الغَدُ وَلَا يُدْرَىٰ أَدَخَلَ أَمْ لَا عَتَقَ النِّصْفُ وَسَعَىٰ لَهُمَا فِي النِّصْفِ الآخَرِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَسْعَىٰ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ) لِأَنَّ المُقْضَىٰ عَلَيْهِ بِسُقُوطِ السِّعَايَةِ مَجْهُولٌ، وَلَا يُمْكِنُ القَضَاءُ عَلَى المَجْهُولِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ لَك عَلَىٰ أَحَدِنَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ لِلْجَهَالَةِ، كَذَا هٰذَا، وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِسُقُوطِ نِصْفِ السِّعَايَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حَانِثٌ بِيَقِينٍ، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يُقْضَىٰ بِوُجُوبِ الكُلِّ، وَالْجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ لَا بِعَيْنِهِ أَوْ بِعَيْنِهِ وَنَسِيَهُ وَمَاتَ قَبْلَ التَّذَكُّرِ أَوِ البَيَانِ، وَيَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ فِيهِ

علىٰ ما اتفقا عليه.

قوله: وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يُقْضَىٰ بِوُجُوبِ الكُلِّ، وبه فارق الشهادة بالعتق فهناك لم يتيقَّن بسقوط شيء من السعاية عن العبد، لجواز أن يكون كل واحد منهما كاذبًا فيما يشهد به علىٰ صاحبه.

قوله: وَالْجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ، فإن قيل: في التوزيع فسادٌ أيضًا وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق، قلنا: نعم لكن بطريق الضرورة، فإنَّا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله تعالى كان فيه إبطال حقِّ العبد من كل وجهٍ، ولو قلنا بالتوزيع كان فيه إبطال حقِّ غير المعتق من وجه فكان التوزيع أوْلىٰ.

عَلَىٰ أَنَّ اليَسَارَ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ أَوْ لَا يَمْنَعُهَا عَلَى الِاخْتِلَافِ الَّذِي سَبَقَ.

(وَلَوْ حَلَفَا عَلَىٰ عَبْدَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَمْ يَعْتِقْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ المَقْضِيَّ عَلَيْهِ بِالْعِتْقِ مَجْهُولٌ، وَكَذٰلِكَ المَقْضِيَّ لَهُ فَتَفَاحَشَتِ الجَهَالَةُ فَامْتَنَعَ القَضَاءُ، وَفِي العَبْدِ الوَاحِدِ المَقْضِيَّ لَهُ وَالْمَقْضِيِّ بِهِ مَعْلُومٌ فَغَلَبَ المَعْلُومُ المَجْهُولَ.

(وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عُتِقَ نَصِيبُ الأَبِ) لِأَنَّهُ مَلَكَ شِقْصَ قَرِيبِهِ وَشِرَاؤُهُ إِعْتَاقٌ عَلَىٰ مَا مَرَّ (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) عَلِمَ الآخَرُ أَنَّهُ ابْنُ شَرِيكِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ (وَكَذَا إِذَا وَرِثَاهُ، وَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: فِي الشِّرَاءِ يَضْمَنُ الأَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الِابْنُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِ أَبِيهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافُ إِذَا مَلَكَا، بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ، وَعَلَى هٰذَا إِذَا اشْتَرَاهُ

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عُتِقَ نَصِيبُ الأَبِ، أي زال ملكه عن حصته.

قوله: وَكَذَا إِذَا وَرِثَاهُ، صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن أخ وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه، أو كان الرجلين ابن عم وله جارية فزوَّجها أحدهما فولدت ولدًا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الأب، أو امرأة لها زوجٌ وأبٌ ولها غلامٌ وهو أبو زوجها فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثًا بين زوجها وأبيها.

رَجُلَانِ وَأَحَدُهُمَا قَدْ حَلَفَ بِعِتْقِهِ إِنِ اشْتَرَىٰ نِصْفَهُ، لَهُمَا أَنَّهُ أَبْطَلَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالْإِعْتَاقِ لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ، وَصَارَ هٰذَا كَمَا إِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ أَجْنَبِيَّيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يُضَمِّنُهُ، كَمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، وَدَلَالَةُ ذٰلِكَ أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيمَا هُوَ عِلَّةُ العِتْقِ وَهُوَ الشِّرَاءُ لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ حَتَّىٰ يَخْرُجَ بِهِ عَنْ عُهْدَةِ الكَفَّارَةِ عِنْدَنَا، وَهٰذَا ضَمَانُ إِفْسَادٍ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا حَتَّىٰ يَخْتَلِفَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَيَسْقُطَ بِالرِّضَا،

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يُضَمِّنُهُ، كَمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، بأن قال له: أعتق نصيبك، فإنه لا ضمان له.

قوله: وَدَلَالَةُ ذٰلِكَ أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيمَا هُوَ عِلَّةُ العِتْقِ، أي علة علة العتق.

قوله: وَهٰذَا ضَمَانُ إِفْسَادٍ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا، إنَّما قيَّد بقوله: في ظاهر قولهما، لأنه رُوِيَ عن أبي يوسف رحمة الله تعالىٰ أنَّ هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في روايةٍ أنَّ ضمان الإعتاق أيضًا ضمان تملك، حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالإذن.

قوله: حَتَّىٰ يَخْتَلِفَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، هذا إيضاحٌ لقوله: ضَمَانُ إِفْسَادٍ، أي ضمان إفساد نصيب الساكت يكون ضمان التسبيب، وذلك مبني على صفة التعدِّي فإذن يختلف باليسار والإعسار إذ الموسر متعد لأنه يكون لإحراز ثواب الإعتاق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو إعتاق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرًا في ذلك، والمعسر مضطر إليه فلا يكون متعديًا.

وَلَا يَخْتَلِفُ الجَوَابُ بَيْنَ العِلْمِ وَعَدَمِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ لِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى السَّبَبِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: كُلْ هٰذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِلْآمِرِ وَلَا يَعْلَمُ الآمِرُ بِمِلْكِهِ.

(وَإِنْ بَدَأَ الأَجْنَبِيُّ فَاشْتَرَىٰ نِصْفَهُ ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ نِصْفَهُ الآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ فَالْأَجْنَبِيُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الأَبَ) لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الِابْنَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ) لِاحْتِبَاسِ مَالِيَّتِهِ عِنْدَهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ لَا يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا خِيَارَ لَهُ وَيَضْمَنُ الأَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُمَا.

(وَمَنِ اشْتَرَىٰ نِصْفَ ابْنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله: وَلَا يَخْتَلِفُ الجَوَابُ بَيْنَ العِلْمِ وَعَدَمِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ، وروى الحسن بن زياد عنه أنَّه فرق بين العلم وعدمه لأنَّ رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالمًا به، فإن قيل: لو قال أحد الشريكين لآخر إن ضربت العبد اليوم سوطًا فهو حُرٌّ فضربه سوطًا يضمن الحالف للضارب إن كان موسرًا، قلنا: الضرب شرط والرضاء بالشرط لا يكون رضاءً بالسبب، وهنا رضي بالعيب حين شاركه في علة العتق وهو الشراء، فإن قيل: الرضاء بالشرط من المرأة كالرضاء بالسبب في إسقاط حقِّها عن الإرث فليكن في مسئلة الضرب كذلك، قلت: الفرار يثبت بشبهة العدوان فيبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الإتلاف والإفساد فلم يبطل إلَّا بحقيقة الرضاء صريحًا أو بمباشرة العلة دون الشرط.

- رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا) وَمَعْنَاهُ إِذَا اشْتَرَىٰ نِصْفَهُ مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ فَلَا يَضْمَنُ لِبَائِعِهِ شَيْئًا عِنْدَهُ، وَالْوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ.

(وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُمْ وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَأَرَادُوا الضَّمَانَ فَلِلسَّاكِتِ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنًّا وَلَا يُضَمِّنَ المُعْتِقَ، وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا وَلَا يُضَمِّنَهُ الثُّلُثَ الَّذِي ضَمِنَ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا العَبْدُ كُلُّهُ لِلَّذِي دَبَّرَهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ وَيَضْمَنُ ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ لِشَرِيكَيْهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا كَالْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ شُعْبَةٌ مِنْ شُعَبِهِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِهِ، وَلَمَّا كَانَ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُ اقْتَصَرَ عَلَىٰ نَصِيبِهِ، وَقَدْ أَفْسَدَ بِالتَّدْبِيرِ نَصِيبَ الآخَرَيْنِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ أَوْ يُعْتِقَ أَوْ يُكَاتِبَ

قوله: وَمَعْنَاهُ إِذَا اشْتَرَىٰ نِصْفَهُ مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ، قيَّد به لأنه إذا اشتَرىٰ من أحد الشريكين نصيبه يضمن للآخر بالإجماع.

قوله: وَالْوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ، وهو ما ذكر أنه رضىً بإفساد نصيبه.

قوله: فَأَرَادُوا الضَّمَانَ، هذا علىٰ طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع، والمعتق لا يريد الضمان أصلاً.

قوله: فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ أَوْ يُعْتِقَ أَوْ يُكَاتِبَ، ومعنىٰ ثبوت هذه الخيارات أن تصحَّ منه هذه التصرفات، إن فعل ما لا يؤدِّي له في الإعتاق والاستسعاء

أَوْ يُضَمِّنَ الْمُدَبِّرَ أَوْ يَسْتَسْعِيَ العَبْدَ أَوْ يَتْرُكَهُ عَلَىٰ حَالِهِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَاسِدٌ بِإِفْسَادِ شَرِيكِهِ حَيْثُ سَدَّ عَلَيْهِ طُرُقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ بَيْعًا وَهِبَةً عَلَىٰ مَا مَرَّ، فَإِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا العِتْقَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ وَسَقَطَ اخْتِيَارُهُ غَيْرَهُ فَتَوَجَّهَ لِلسَّاكِتِ سَبَبُ ضَمَانِ تَدْبِيرِ الْمُدَبِّرِ وَإِعْتَاقِ هٰذَا الْمُعْتَقِ، غَيْرَ أَنَّ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُدَبِّرَ لِيَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ إِذْ هُوَ الأَصْلُ حَتَّىٰ جُعِلَ الغَصْبُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ عَلَىٰ أَصْلِنَا، وَأَمْكَنَ ذٰلِكَ فِي التَّدْبِيرِ لِكَوْنِهِ قَابِلًا لِلنَّقْلِ مِنْ مِلْكٍ إِلَىٰ مِلْكٍ وَقْتَ التَّدْبِيرِ، وَلَا يُمْكِنُ ذٰلِكَ فِي الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ عِنْدَ ذٰلِكَ مُكَاتَبٌ أَوْ حُرٌّ

لِمَا فيه من إفساد نصيب الشريك، لأنه كان متمكنًا من الانتفاع بنصيبه على ملكه إلىٰ وقت الموت، وبعد الإعتاق والاستسعاء لا يتمكّن، فإذا أعتقه الآخر بقيت هذه الخيارات للساكت.

قوله: إِذْ هُوَ الأَصْلُ حَتَّىٰ جُعِلَ الغَصْبُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ، عندنا الأصل في ضمان المال ثبوت الملك في المضمون تحقيقًا للمعادلة حتّىٰ صحّ إقرار المأذون بالغصب، فإن قيل: لو كان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لا عن قبض في ما إذا غصب مدهن فضّة فانكسر عنده وقضى عليه بقيمته من الدنانير وافترقا لا عن قبض ومع هذا لا يبطل القضاء، قلنا: الغصب ليسَ بموضع لإثبات الملك وإنَّما يثبت الملك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضةً فيما عداه إذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها.

قوله: لِأَنَّهُ عِنْدَ ذٰلِكَ مُدَبَّرٌ، أي عند الإعتاق مدبر، وفي بعض النسخ: لِأَنَّهُ عِنْدَ ذٰلِكَ مُكَاتَبٌ أَوْ حُرٌّ عَلَى اخْتِلَافِ الأَصْلَيْنِ، وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَا المَكَاتِبِ بِفَسْخِهِ، وهذا

عَلَى اخْتِلَافِ الأَصْلَيْنِ، وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَا المُكَاتِبِ بِفَسْخِهِ حَتَّىٰ يَقْبَلَ الِانْتِقَالَ فَلِهٰذَا يَضْمَنُ المُدَبِّرُ، ثُمَّ لِلْمُدَبِّرِ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ أَفْسَدَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ مُدَبَّرًا، وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ المُتْلَفِ، وَقِيمَةُ المُدَبَّرِ ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَلَا يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ جِهَةِ السَّاكِتِ لِأَنَّ مِلْكَهُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا

غير صحيحٌ لأنه عند الإعتاق ليس بحرٍّ ولا مكاتب، والمستسعىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وإن كان بمنزلة المكاتب لكنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ، وإنَّما الصحيح عند الإعتاق مدبَّر فإنه لا يقبل النقل من ملك إلىٰ ملك، كذا نقل عن ابن المصنف، وقيل المراد بقوله: حُرٌّ، أنه مدبر كنىٰ بالحرية عن التدبير لأنه يقضىٰ عليها.

قوله: وَقِيمَةُ المُدَبَّرِ ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا عَلَىٰ مَا قَالُوا، فيه إشارة إلىٰ أنَّ فيه اختلافًا، قال بعضهم: قيمته نصف قيمة القنِّ، وقال بعضهم: قيمته قيمة الخدمة، ينظر بكم يستخدم هو مدَّة عمره من حيث الحرز والظنِّ.

قوله: وَلَا يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ جِهَةِ السَّاكِتِ، لأنَّ الإعتاق وجد قبل تملك المدبر نصيب الساكت ولكنه يستسعى العبد في ذلك، ولو ضمن الساكت المدبر نصيبه ثمَّ أعتقه الثاني كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثي قيمته، ثلثه مدبرًا وثلثه قنًّا، لأنَّ الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله أن يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر، وإنَّما يضمن إذا كان موسرًا لأنه ضمان الإعتاق وإنَّه يختلف باليسار والإعسار، فإن قيل: المضارب بالنصف إذا اشترىٰ برأس المال وهو ألف عبدين قيمة كلِّ ألف فأعتقهما ربُّ المال عتقًا وضمن نصيب المضارب موسرًا كان أو معسرًا وهذا ضمان عتق ومع هذا لا يختلف، قلنا: هذا ضمان

وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَ الْمُعْتِقِ وَالْمُدَبِّرِ أَثْلَاثًا ثُلُثَاهُ لِلْمُدَبِّرِ وَالثُّلُثُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ العَبْدَ عَتَقَ عَلَىٰ مِلْكِهِمَا عَلَىٰ هٰذَا المِقْدَارِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّدْبِيرُ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لِلْمُدَبِّرِ وَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبَ شَرِيكَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا فَيَضْمَنُهُ، وَلَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَأَشْبَهَ الِاسْتِيلَادَ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُدَبِّرِ وَهٰذَا ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ زَعَمَ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ وَأَنْكَرَ ذٰلِكَ الآخَرُ فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ يَوْمًا وَيَوْمًا تَخْدُمُ الْمُنْكِرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ الْمُنْكِرُ اسْتَسْعَى الجَارِيَةَ فِي

إعتاق هو إفساد لا ضمان سراية الفساد، والأصل أنَّ فساد الملك متىٰ كان بطريق السراية كالعبد المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه يختلف الضمان باليسار والإعسار، ثم الضمان يجب بإفساد الملك لأنَّ الإعتاق صادفَ كل واحد منهما ملكًا لربِّ المال لاشتغاله برأس المال، غير أنه إنَّمَا يضمن للمضارب لتعلق حقِّ المضارب بمالية ربع كل واحد من العبدين.

قوله: وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، لأنه من حيث أنه ثبت ابتداءً عند أداء الضمان لم يكن ثابتًا قبله، ومن حيث أنه مستند إلىٰ سبب وجوب الضمان يكون ثابتًا قبل أداء الضمان فيكون ثابتًا من وجه دون وجهٍ، فيظهر في حقِّ الضمان والمضمون له دون غيرهما، لِمَا عُرف أنَّ الثابت بالضرورة يتقدَّر بقدرها.

قوله: فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ يَوْمًا، أي عن خدمة سيِّدها ويكتسب فيه ما ينفق علىٰ نفسها.

نِصْفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً لَا سَبِيلَ عَلَيْهَا) لَهُمَا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُصَدِّقْهُ صَاحِبُهُ انْقَلَبَ إِقْرَارُ المُقِرِّ عَلَيْهِ كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ أَنَّهُ أَعْتَقَ المَبِيعَ قَبْلَ البَيْعِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ كَذَا هٰذَا فَتَمْتَنِعُ الخِدْمَةُ وَنَصِيبُ المُنْكِرِ عَلَىٰ مِلْكِهِ فِي الحُكْمِ فَتَخْرُجُ إِلَى العَتَاقِ بِالسِّعَايَةِ كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُقِرَّ لَوْ صَدَقَ كَانَتِ الخِدْمَةُ كُلُّهَا لِلْمُنْكِرِ، وَلَوْ كَذَبَ كَانَ لَهُ نِصْفُ الخِدْمَةِ فَيَثْبُتُ مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلَا خِدْمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلَا اسْتِسْعَاءَ لِأَنَّهُ يَتَبَرَّأُ عَنْ جَمِيعِ ذٰلِكَ بِدَعْوَى الِاسْتِيلَادِ وَالضَّمَانِ، وَالْإِقْرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ وَهُوَ أَمْرٌ لَازِمٌ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ المُقِرُّ كَالْمُسْتَوْلِدِ.

قوله: ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً لَا سَبِيلَ عَلَيْهَا، لأنَّها لما أدَّت النصف عتق النصف فعتق الكل عندهما ضرورة عدم التَّجزي.

قوله: كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ، فإنَّها تقوم قيمةَ عدلٍ وتسعىٰ في قيمتها، لتعذُّر إبقائها في ملك المولىٰ ويده بعد إسلامها وإصراره على الكفر فتخرج إلى الحرية بالسعاية.

قوله: فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ المُقِرُّ كَالْمُسْتَوْلِدِ، جوابٌ لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ عن قولهما انقلب إقرار المقرِّ عليه كأنه استولدها، يريد به أنه لا يجعل المقرَّ كالمستولد حتى يستسعيها المنكر، والاستسعاء للإخراج عن الرقِّ عند تعذُّر استدامة الرقِّ فيها ولم يوجد هنا فالمقرُّ يزعم أنَّها أمُّ ولد صاحبه فله أن يستديم الملك إلىٰ موته والمنكر يزعم

(وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ بَيْنَهُمَا فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ وَمُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا، وَعَلَىٰ هٰذَا الأَصْلِ تُبْتَنَىٰ عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ أَوْرَدْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ،

أنَّها فيه مشتركة بِهما، بخلاف ما إذا شهد أحدهما على صاحبه بالعتق، ففي زعم المقرِّ تعذَّر استدامة الملك فيها وليس للمقرِّ أن يستخدمها لأنه يزعم أنَّها أمُّ ولد الغير، ولا أن يستسعيها لأنه بدعوى الاستيلاد يدعي ضمان التملك ويتبَرَّأ عن السعاية، وإن مات المنكر عتقت لإقرار المقرِّ أنَّها كانت أم ولده وقد عتقت بموته، وزعم المنكر أنَّها مشتركة وإنَّ إقرار الشريك فيها نافذٌ ثم تسعىٰ في نصف قيمتها لورثة المنكر.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الأَصْلِ - أي أصل أنَّ أم الولد لا تتقوَّم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما تتقوم - تُبْتَنَىٰ عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ، منها: إذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما يسعىٰ، ومنها: أنَّها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء لشريكه عليه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده، وعندهما يضمن نصيب شريكه إن كان موسرًا وسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرًا، ومنها: أمَةٌ حبلىٰ بيعت فولدت لأقلَّ من ستة أشهر بعد البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادَّعى البائع الولد صحَّ، وعلى البائع أن يردَّ جميع الثمن ولم يكن له أن يحبس بإزاء الأمِّ شيئًا عنده، وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن، ومنها: إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئًا عنده خلافًا لهما، وذكر محمد رحمه الله تعالى في الرقيات أنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أمُّ الولد تضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبي الحرَّ حتى لو ماتت حتْفَ أنفها لم يضمن الغاصب، ولو قرَّبَها إلى مسبعة فافترسها السبع يضمن لأنَّ هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب، ألا ترىٰ أنه يضمن الصبي الحر بمثله، والذي يوضح كلام أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

وَجْهُ قَوْلِهِمَا: أَنَّهَا مُنْتَفَعٌ بِهَا وَطْئًا وَإِجَارَةً وَاسْتِخْدَامًا، وَهٰذَا هُوَ دَلَالَةُ التَّقَوُّمِ، وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لَا يَسْقُطُ تَقَوُّمُهَا كَمَا فِي الْمُدَبَّرِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ عَلَيْهَا السِّعَايَةُ، وَهٰذَا آيَةُ التَّقَوُّمِ، غَيْرَ أَنَّ قِيمَتَهَا ثُلُثُ قِيمَتِهَا قِنَّةً عَلَىٰ مَا قَالُوا لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الْبَيْعِ وَالسِّعَايَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّ الْفَائِتَ مَنْفَعَةُ الْبَيْعِ، أَمَّا السِّعَايَةُ وَالِاسْتِخْدَامُ بَاقِيَانِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّقَوُّمَ بِالْإِحْرَازِ وَهِيَ مُحْرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّقَوُّمِ وَالْإِحْرَازُ لِلتَّقَوُّمِ تَابِعٌ،

أنَّ الباقي للمولىٰ على أم ولده ملك الخدمة والمتعة، وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالإتلاف ولا بالغصب، بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية حتى يقضي دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالإتلاف، كذا في المبسوط.

قوله: وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهَا مُنْتَفَعٌ بِهَا وَطْئًا وَإِجَارَةً وَاسْتِخْدَامًا، وَهٰذَا هُوَ دَلَالَةُ التَّقَوُّمِ، لأنَّ الوطء لا يستباح إلَّا بملك النكاح أو اليمين ولم يوجد الأول فتعين الثاني، وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوُّم، إذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية والتقوم، وحقُّ الحرية لا ينافي التقوَّم إذ هو عبارةٌ عن استحقاقٍ لا يرد عليه الإبطال بالبيع ولا ينافي بينه وبين التقوُّم.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ التَّقَوُّمَ بِالْإِحْرَازِ وَهِيَ مُحْرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّقَوُّمِ، لأنَّ الآدمي ليس بمال متقوِّم في الأصل لأنه مخلوقٌ ليكون مالكًا للمال لا ليصير مالاً ولكن متىٰ صحَّ إحرازه على قصد التموُّل صار مالاً متقوِّمًا فيثبت به ملك المتعة، فإذا حصنها واستولدها ظهر أنَّ إحرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التموُّل فصار في صفة المالية كأنَّ الإحراز لم يوجد أصلاً فلا يكون مالاً متقوِّمًا، وقوله: وَالْإِحْرَازُ لِلتَّقَوُّمِ

وَلِهٰذَا لَا تَسْعَىٰ لِغَرِيمٍ وَلَا لِوَارِثٍ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ، وَهٰذَا لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهَا مُتَحَقِّقٌ فِي الحَالِ وَهُوَ الجُزْئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الوَلَدِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ المُصَاهَرَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُظْهِرْ عَمَلَهُ فِي حَقِّ المِلْكِ ضَرُورَةَ الِانْتِفَاعِ فَعَمِلَ السَّبَبُ فِي إِسْقَاطِ التَّقَوُّمِ، وَفِي المُدَبَّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ المَوْتِ، وَامْتِنَاعُ البَيْعِ فِيهِ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِهِ فَافْتَرَقَا، وَفِي أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ قَضَيْنَا بِتَكَاتُبِهَا عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الجَانِبَيْنِ،

تَابِعٌ، للإحراز للنسب فكانت محرزةً إحراز المنكوحات لا إحراز المملوكات فلا يعتبَر الإحراز للتقوُّم.

قوله: وَفِي المُدَبَّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ المَوْتِ، هذا يناقض ما ذُكر في التدبير من قوله: ثم جعله سببًا في الحال أوْلىٰ لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت، ولأنَّ ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلىٰ زمان بطلان الأهلية، ويمكن أن يقال: الأصل أنَّ المعلق سبب عند وجود الشرط فالتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر وينعقد سببًا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات، ولهذا اعتبِر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر أنَّ المراد من قوله: وَفِي المُدَبَّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ المَوْتِ، أي في حقِّ سقوط التقوم وثبوت الحرية ويدل عليه أنه أخرج هذا الكلام بمقابلة أمِّ الولد، ومن قوله في باب التدبير جعله سببًا للحال أوْلىٰ في حقِّ امتناع البيع والهبة فيرتفع التناقض.

قوله: قَضَيْنَا بِتَكَاتُبِهَا، أي جعلنا هذا في معنى المكاتبة دفعًا للضرر من الجانبين من جانب أمِّ الولد ومن جانب النصرانِي وبدل الكتابة لا يفتقرُ وجوبه إلى التقوم لأنَّه مقابل بفكِّ الحجر وفكُّ الحجر غير متقوم لأنه إسقاط أو لأنَّ ملكه فيها محترَم وإن لم

وَبَدَلُ الكِتَابَةِ لَا يَفْتَقِرُ وُجُوبُهُ إِلَى التَّقَوُّمِ.

يكن متقوِّمًا وقد احتبس عندها لمعنًى من جهتها فيكون مضمونًا عليها عند الاحتباس وإن لم يكن مالاً متقوِّمًا كالقصاص فإنه ليسَ بمالٍ متقوَّم، ثم إذا احتبسَ نصيب أحد الشريكين عند القابل يلزمه بدله، أو يقال: أنَّ الذميَّ يعتقد فيها المالية والتقوُّم ويحرزها لذلك لأنه يعتقد جواز بيعها، وإنَّما بنىٰ في حقِّهم الحكمَ على اعتقادهم كما في مالية الخمر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ

(وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ دَخَلَ عَلَيْهِ اثْنَانِ فَقَالَ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَلَ آخَرُ فَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ، عَتِقَ مِنَ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ القَوْلُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ وَنِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الآخَرَيْنِ

باب عتق أحد العبدين

قوله: ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ، وما دام حيًّا يُؤمر بالبيان لأنَّ الإبْهام منه فإن عُنِي بالكلام الأول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لأنه عتقٌ دائرٌ بين الحرِّ والعبد، فإن قيل: العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الإنشاء فلا يصير جامعًا بين الحرِّ والعبد فينبغي أن لا يبطل الإيجاب الثاني، قلنا: العتق المبهم وإن كان معلقًا بشرط البيان إلَّا أنَّ البيان إنشاءٌ من وجه إظهار من وجهٍ، فالنظر إلىٰ كون البيان إنشاء يقتضي أن لا يبطل الإعتاق الثاني فيفيد العتق في الداخل، والنظر إلىٰ كونه إظهارًا يقتضي أن يبطل والعتق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشكِّ فبطل الإيجاب الثاني، وإن عني بالكلام الأول الخارج عتق الخارج بالكلام الأول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائرًا بين العبدين، هذا إذا بدأ بالكلام الأول، فإن بدأ بالكلام الثاني وقال عنيتُ به الثابت عتق الخارج بالكلام الأوَّل لأنَّ الكلام الأوَّل كان دائرًا بينهما فإذا عتق الثابت بالكلام الثاني يعتق الخارج بالكلام الأوَّل ولا يبطل الإيجاب الأوَّل لأنَّ حال وجود الإيجاب الأول كانا رقيقين بيقين لأنَّ العتق على الثابت إنَّما يقع بالإيجاب الثاني بعد وجود الإيجاب الأول بخلاف المسئلة الأولىٰ، وإن قال عنيتُ بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - كَذٰلِكَ إِلَّا فِي العَبْدِ الآخَرِ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ رُبُعُهُ) أَمَّا الخَارِجُ فَلِأَنَّ الإِيجَابَ الأَوَّلَ دَائِرٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ، وَهُوَ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ القَوْلُ فَأَوْجَبَ عِتْقَ رَقَبَةٍ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فَيُصِيبُ كُلًّا مِنْهُمَا النِّصْفُ، غَيْرَ أَنَّ الثَّابِتَ اسْتَفَادَ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي رُبُعًا آخَرَ لِأَنَّ الثَّانِيَ دَائِرٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّاخِلِ، وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ فِي الكِتَابِ آخِرًا فَيَتَنَصَّفُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّ الثَّابِتَ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الحُرِّيَّةِ بِالْإِيجَابِ الأَوَّلِ فَشَاعَ النِّصْفُ المُسْتَحَقُّ بِالثَّانِي فِي نِصْفَيْهِ، فَمَا أَصَابَ المُسْتَحِقَّ بِالْأَوَّلِ لَغَا،

الكلام الأوَّل فإن لم يبين المولىٰ شيئًا ومات أحدهم فالموت بيان أيضًا، فإن مات الخارج تعين الثابت بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثاني، وإن مات الثابت تعيَّن الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثاني لأنَّ الثابت يزاحمهما ولم يبق، وإن مات الداخل خُيِّر في الإيجاب الأول، فإن عُني به الخارج تعين الثابت بالإيجاب الثاني، وإن عُني به الثابت بطل الإيجاب الثاني لما مرَّ، فإن لم يمت واحد منهم ولكن مات المولىٰ قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الأحوال، فإن قيل: ينبغي أن يعتق كل واحد ولا يسعىٰ في شيء خرجوا من الثلث أوَّلًا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لأنَّ الإعتاق عندهما لا يتجزَّأ، فإذا ثبت في بعضه ثبت في كله، قلنا: الإعتاق عندهما لايتجزَّأ لأنَّه صادف محلًّا معلومًا، أمَّا إذا ثبت بطريق التوزيع باعتبار الأحوال فلا، لأنه حينئذٍ ثبت ضرورةً والثابت بها يتقدَّر بقدرها ولا يعدو موضعها.

قوله: فَمَا أَصَابَ المُسْتَحِقَّ بِالْأَوَّلِ لَغَا، فإن قيل: لِمَ لا ينصرف ما أصاب الثابت من الإيجاب الثاني إلىٰ نصفه الفارغ تصحيحًا للتصرف بقدر الإمكان كما في عقد الصرف؟

وَمَا أَصَابَ الفَارِغَ بَقِيَ فَيَكُونُ لَهُ الرُّبُعُ فَتَمَّتْ لَهُ ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ وَلِأَنَّهُ لَوْ أُرِيدَ هُوَ بِالثَّانِي يَعْتِقُ نِصْفُهُ، وَلَوْ أُرِيدَ بِهِ الدَّاخِلُ لَا يَعْتِقُ هٰذَا النِّصْفُ فَيَنْتَصِفُ فَيَعْتِقُ مِنْهُ الرُّبُعُ بِالثَّانِي وَالنِّصْفُ بِالْأَوَّلِ، وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَمُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: لَمَّا دَارَ الإِيجَابُ الثَّانِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ وَقَدْ أَصَابَ الثَّابِتَ مِنْهُ الرُّبُعُ فَكَذٰلِكَ يُصِيبُ الدَّاخِلَ، وَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا، وَقَضِيَّتُهُ التَّنْصِيفُ وَإِنَّمَا نَزَلَ إِلَى الرُّبُعِ فِي حَقِّ الثَّابِتِ لِاسْتِحْقَاقِهِ النِّصْفَ بِالْإِيجَابِ الأَوَّلِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَا اسْتِحْقَاقَ لِلدَّاخِلِ مِنْ قَبْلُ فَيَثْبُتُ فِيهِ النِّصْفُ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ القَوْلُ مِنْهُ فِي المَرَضِ قُسِمَ الثُّلُثُ عَلَىٰ هٰذَا) وَشَرْحُ ذٰلِكَ أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ سِهَامِ العِتْقِ وَهِيَ سَبْعَةٌ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا لِأَنَّا نَجْعَلُ كُلَّ رَقَبَةٍ عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ لِحَاجَتِنَا إِلَىٰ ثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ فَنَقُولُ: يَعْتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَمِنَ الآخَرَيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمَانِ فَيَبْلُغُ سِهَامُ العِتْقِ سَبْعَةً، وَالعِتْقُ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَصِيَّةٌ وَمَحَلُّ نَفَاذِهَا الثُّلُثُ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُجْعَلَ سِهَامُ الوَرَثَةِ ضِعْفَ ذٰلِكَ فَيُجْعَلَ كُلَّ

قلنا: لو لم يصرف الجنس في عقد الصرف إلىٰ خلافه يلزم بطلان أصل العقد، وهنا إن لم يصرف العتق إلىٰ نصفه الفارغ لم يبطل أصل الإعتاق، ولأنَّ مقصود العاقدين تصحيح تصرفهما ثمَّة، وهنا جاز أن يكون المراد من الإيجاب الثاني الإخبار لا الإنشاء على اعتبار أن يكون المراد بالأول هو الثابت، فإذا لم يتيقَّن بكونه قاصدًا للإنشاء في الإيجاب الثاني جرينا على قضية شيوع الكلام.

رَقَبَةٍ عَلَىٰ سَبْعَةٍ وَجَمِيعُ المَالِ أَحَدٌ وَّعِشْرُونَ فَيَعْتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وَيَسْعَىٰ فِي أَرْبَعَةٍ وَيَعْتِقُ مِنَ البَاقِيَيْنِ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا سَهْمَانِ وَيَسْعَىٰ فِي خَمْسَةٍ، فَإِذَا تَأَمَّلْتَ وَجَمَعْتَ اسْتَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يُجْعَلُ كُلُّ رَقَبَةٍ عَلَىٰ سِتَّةٍ لِأَنَّهُ يَعْتِقُ مِنَ الدَّاخِلِ عِنْدَهُ سَهْمٌ فَنَقَصَتْ سِهَامُ العِتْقِ بِسَهْمٍ وَصَارَ جَمِيعُ المَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَبَاقِي التَّخْرِيجِ مَا مَرَّ.

(وَلَوْ كَانَ هٰذَا فِي الطَّلَاقِ وَهُنَّ غَيْرُ مَدْخُولَاتٍ وَمَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ البَيَانِ سَقَطَ مِنْ مَهْرِ الخَارِجَةِ رُبُعُهُ وَمِنْ مَهْرِ الثَّابِتَةِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِ وَمِنْ مَهْرِ الدَّاخِلَةِ ثُمُنُهُ) قِيلَ هٰذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - خَاصَّةً، وَعِنْدَهُمَا يَسْقُطُ رُبُعُهُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا أَيْضًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ وَتَمَامَ تَفْرِيعَاتِهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

قوله: وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا أَيْضًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ وَتَمَامَ تَفْرِيعَاتِهَا فِي الزِّيَادَاتِ، والفرق واضح على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنَّ الإعتاق عنده يتجزَّأ فكان الرقُّ ثابتًا في الثابت فصحَّ الإيجاب الثاني من كل وجهٍ كما مرَّ، وأمَّا الطلاق فلا يتجزَّأ فإذا أصابَها جزءٌ من الطلاق صارت مطلقةً فكان جامعًا بين مطلقةٍ وغير مطلقةٍ قائلاً إحداكما طالقٌ فلا يصحُّ إنشاءً لوقوعه إخبارًا فلم يصحُّ الإيجاب الثاني بكل حالٍ، ولأنَّ العتق المبهم معلق بشرط البيان فلا يكون الإيجاب الثاني متَرددًا بين الصحة والبطلان، وأمَّا الطلاق في حقِّ البَراءة عن المهر لا يقبل التعليق بالشرط فيكون الإيجاب الأوَّل في حقِّ هذا الحكم وهو البَراءة عن المهر مترددًا بين الصحة والبطلان، فنزل حكمه وهو سقوط نصف

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا أَوْ مَاتَ أَوْ قَالَ لَهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَتَقَ الآخَرُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْعِتْقِ أَصْلًا بِالْمَوْتِ وَلِلْعِتْقِ مِنْ جِهَتِهِ بِالْبَيْعِ وَلِلْعِتْقِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ بِالتَّدْبِيرِ فَتَعَيَّنَ لَهُ الآخَرُ، وَلِأَنَّهُ بِالْبَيْعِ قَصَدَ الوُصُولَ إِلَى الثَّمَنِ وَبِالتَّدْبِيرِ إِبْقَاءَ الِانْتِفَاعِ إِلَىٰ مَوْتِهِ، وَالْمَقْصُودَانِ يُنَافِيَانِ العِتْقَ المُلْتَزَمَ فَتَعَيَّنَ لَهُ الآخَرُ دَلَالَةً،

المهر لمكان التَّردد إلى الربع موزعًا على الثابتة والداخلة فيفيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما، والفرق لأبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه يوجد شخص متردد الحال بين الحرية والرقِّ ويكون محلًّا لإنشاء العتق وهو المكاتب والثابت بِهذه المثابة لتَردد حاله بين الرقِّ والعتق فيكون محلًّا للإيجاب الثانِي فأمكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه بكل حالٍ، فأمَّا في الطلاق فلا يوجد شخص متردد الحال بين أن تكون مطلقةً أو منكوحةً ثمَّ يصحُّ إيقاع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه، فقلنا إن صحَّ سقط به نصف المهر وإن لم يصحّ لم يسقط به شيء فيسقط به ربع المهر ثمَّ يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثُّمن فلهذا سقط ثمن مهرها، ولا يقال: المُعتَدَّة متَرددة الحال، لأنَّ هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدَّة، وأمَّا حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لأنَّ الداخلة وارثة بيقين ولا يزاحمهما إلا امرأةٌ واحدةٌ لأنَّ أحد الأخريين مطلقة بيقين بالإيجاب الأول، وهذا لأنه إن أريد بالإيجاب الأول الثابتة بطل الإيجاب الثاني فكانت الداخلة وارثةً، وإن أريد بالإيجاب الأوَّل الخارجة فالإيجاب الثانِي دائر بين الثابتة والداخلة وليست إحداهما بأوْلىٰ من الأخرىٰ فينتصف الإرث بينهما، فكيف ما كان فالداخلة وارثة ولا تزاحمهما إلا امرأة فالنصف لها والنصف الآخر بين الأخريين نصفان وعلى كل واحدة منهما عدَّة الوفاة احتياطًا لاحتمال كونِها منكوحة ولا تتصوَّر عدة الطلاق لعدم الدخول.

وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَاهُمَا لِلْمَعْنَيَيْنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ البَيْعِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ مَعَ القَبْضِ وَبِدُونِهِ وَالْمُطْلَقِ وَبِشَرْطِ الخِيَارِ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ لِإِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ وَالْمَعْنَىٰ مَا قُلْنَا، وَالْعَرْضُ عَلَى البَيْعِ مُلْحَقٌ بِهِ فِي المَحْفُوظِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَالْهِبَةُ وَالتَّسْلِيمُ وَالصَّدَقَةُ وَالتَّسْلِيمُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ؛ (وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثُمَّ

قوله: وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَاهُمَا، بأن وطئ إحداهما فعلقت منه لأنَّها صارت أمّ ولد له فمن ضرورة صحَّة أمومية الولد واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفىٰ عن إحداهما تعيَّن في الأخرىٰ لزوال المزاحمة.

قوله: لِلْمَعْنَيَيْنِ، أحدهما أنه لم يبق محلًّا للإعتاق من كل وجه، والثاني أنه قصد الإبقاء علىٰ ملكه إلىٰ زمان الموت.

قوله: وَالْمَعْنَىٰ مَا قُلْنَا، أي من قصده الوصول إلى الثَّمن.

قوله: فِي المَحْفُوظِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية، فإن قيل: لو قال أحد هذين ابني أو إحدىٰ هاتين أمّ ولدي فماتَ أحدهما لم يتعيَّن القائم للعتق والاستيلاد، قلنا: لأنَّه إخبارٌ عن أمرٍ سابقٍ والإخبار يصحُّ في الحيِّ والميِّت، بخلاف البيان لأنه في حكم الإنشاء فلا يصحُّ إلَّا في الحيِّ، فإن قيل: لو اشترىٰ أحد العبدين وسمَّىٰ لكل واحد ثمنًا وشرط الخيار لنفسه ثم مات أحدهما تعيَّن البيع في الهالك وهنا تعيَّن العتق في القائم، قلنا: لا فرق بينهما إذ الهالك يهلك علىٰ ملكه في الفصلين ولأنَّه حين أشرف أحدهما على الهلاك تعيَّن البيع فيه لتعذر ردِّه كما قبض، وإنَّما يتعيَّن للبيع وهو حيٌّ وهنا لو تعيَّن العتق فيه لتعيَّن بعد الموت لأنه بالإشراف على الهلاك لا يخرج عن محلية العتق وبعد الموت هو ليس بمحل للعتق فتعيَّن في القائم ضرورةً والكتابة وتعليق

مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا لِمَا قُلْنَا، وَكَذٰلِكَ لَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لِمَا نُبَيِّنُ.

(وَلَوْ قَالَ لِأَمَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ جَامَعَ إِحْدَاهُمَا) لَمْ تَعْتِقِ الأُخْرَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا تَعْتِقُ لِأَنَّ الوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي المِلْكِ وَإِحْدَاهُمَا حُرَّةٌ فَكَانَ بِالْوَطْءِ مُسْتَبْقِيًا المِلْكَ فِي المَوْطُوءَةِ فَتَعَيَّنَتِ الأُخْرَىٰ لِزَوَالِهِ بِالْعِتْقِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ، وَلَهُ أَنَّ المِلْكَ قَائِمٌ فِي المَوْطُوءَةِ لِأَنَّ الإِيقَاعَ فِي المُنَكَّرَةِ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَكَانَ وَطْؤُهَا حَلَالًا فَلَا يُجْعَلُ بَيَانًا وَلِهٰذَا حَلَّ وَطْؤُهُمَا عَلَىٰ مَذْهَبِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَىٰ بِهِ، ثُمَّ يُقَالُ العِتْقُ غَيْرُ نَازِلٍ قَبْلَ البَيَانِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ أَوْ يُقَالُ نَازِلٌ فِي المُنَكَّرَةِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ حُكْمٍ تَقَبُّلِهِ وَالْوَطْءُ يُصَادِفُ المُعَيَّنَةَ، بِخِلَافِ

عتق أحدهما بالشرط كالتدبير والرهن والإيصاء والإجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع، فإن قيل: الإجارة لا تختصُّ بالملك بدليل جواز إجارة الأحرار، قلنا: الإجارة على وجه يستحقُّ الأجر لا تكون إلَّا بالملك فتكون تعينًا دلالة وذكر التسليم في الهبة والصدقة وقع اتفاقًا، نصَّ عليه في المحيط والإيضاح.

قوله: لِمَا قُلْنَا، أي لم يبق محلًّا للطلاق.

قوله: ثُمَّ يُقَالُ العِتْقُ غَيْرُ نَازِلٍ إلخ، هذا لبيان ما ادَّعاه من حلِّ الوطء لأنَّ الحل كان ثابتًا فلو زالَ إنَّما يزول بالعتق والعتق المبهم معلق بشرط البيان، ولهذا المعنى لو قال لعبديه أحدكما حر ثمَّ شُجَّا فأوقع العتق على أحدهما كان أرشهما للمولىٰ، أو يقال إن كان نازلاً إنَّما ينزل في المنكرة.

قوله: فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ حُكْمٍ تَقَبُّلِهِ، كالبيع، فإنَّ المنكر يقبل البيع بأن اشترىٰ أحد

الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الأَصْلِيَّ مِنَ النِّكَاحِ الوَلَدُ، وَقَصْدُ الوَلَدِ بِالْوَطْءِ يَدُلُّ عَلَى اسْتِبْقَاءِ المِلْكِ فِي المَوْطُوءَةِ صِيَانَةً لِلْوَلَدِ، أَمَّا الأَمَةُ فَالْمَقْصُودُ مِنْ وَطْئِهَا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الوَلَدِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الِاسْتِبْقَاءِ.

(وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً وَلَا يَدْرِي أَيُّهمَا وُلِدَ أَوَّلًا عَتَقَ نِصْفُ الأُمِّ وَنِصْفُ

العبدين على أنَّ المشتري بالخيار فيهما يصحُّ، وأما المنكرة فلا تقبل الوطء لأنه أمر حسيٌّ فلا يقع في غير المعين فلا يمكن وطء غير المعينة لذلك فلا يكون الوطء بيانًا في الأخرىٰ، بخلاف الطلاق فإنَّ بوطء إحداهما في باب الطلاق يأتِي بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بيانًا، كما لو باع إحداهما فيما نحن فيه لأنه أتىٰ بالبيع بما هو المعظم من المقاصد في ملك اليمين والوطء في ملك اليمين ليسَ من معظم المقاصد، ألا ترىٰ أنَّ شراء المجوسية وشراء من يحرم عليه وطئها برضاعٍ أو صهريةٍ يجوز، بخلاف النكاح.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا – إلى أن قال – عَتَقَ نِصْفُ الأُمِّ وَنِصْفُ الجَارِيَةِ، وقال في المبسوط: وذكر محمد رحمة الله تعالى عليه في الكيسانيات: وهذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولىٰ بالله ما يعلم أنَّها ولدت الغلام أولاً فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره وإن حلف فهم أرقاء، وأمَّا جواب الكتاب ففي فصل آخر، وهو ما إذا قال المولىٰ لأمته: إذا كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنتِ حرَّة وإن كانت جارية فهي حرة، فولدتهما جميعًا ولا يدرى أيهما أوَّل فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم لأنَّها إن ولدت الغلام أوَّلاً فهي حرَّة والغلام رقيقٌ، وإن ولدت الجارية أولاً فالجارية حرَّةٌ والغلام والأم رقيقان والأم تعتق في حالٍ دون حالٍ فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين

الجَارِيَةِ وَالْغُلَامُ عَبْدٌ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تَعْتِقُ فِي حَالٍ وَهُوَ مَا إِذَا وَلَدَتِ الغُلَامَ أَوَّلَ مَرَّةٍ الأُمُّ بِشَرْطٍ وَالْجَارِيَةُ لِكَوْنِهَا تبعًا لَهَا، إِذِ الأُمُّ حُرَّةٌ حِينَ وَلَدَتْهَا، وَتَرِقُّ فِي حَالٍ وَهُوَ مَا إِذَا وَلَدَتِ الجَارِيَةَ أَوَّلًا لِعَدَمِ الشَّرْطِ فَيَعْتِقُ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَتَسْعَىٰ فِي النِّصْفِ، أَمَّا الغُلَامُ يَرِقُّ فِي الحَالَيْنِ فَلِهٰذَا يَكُونُ عَبْدًا، وَإِنِ ادَّعَتِ الأُمُّ أَنَّ الغُلَامَ هُوَ المَوْلُودُ أَوَّلًا وَأَنْكَرَ المَوْلَىٰ وَالْجَارِيَةُ صَغِيرَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ اليَمِينِ لِإِنْكَارِهِ شَرْطَ العِتْقِ، فَإِذَا حَلَفَ يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَإِنْ نَكَلَ عَتَقَتِ الأُمُّ وَالْجَارِيَةُ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الأُمِّ حُرِّيَّةَ الصَّغِيرَةِ مُعْتَبَرَةٌ لِكَوْنِهَا نَفْعًا مَحْضًا فَاعْتُبِرَ النُّكُولُ فِي حَقِّ حُرِّيَّتِهِمَا فَعَتَقَتَا، وَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ كَبِيرَةً وَلَمْ تَدَّعِ شَيْئًا وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَتَقَتِ الأُمُّ بِنُكُولِ المَوْلَىٰ خَاصَّةً دُونَ الجَارِيَةِ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الأُمِّ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ الكَبِيرَةِ، وَصِحَّةُ النُّكُولِ تُبْتَنَىٰ عَلَى الدَّعْوَىٰ فَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ، وَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ الكَبِيرَةُ هِيَ المُدَّعِيَةُ لِسَبْقِ وِلَادَةِ الغُلَامِ وَالْأُمُّ سَاكِتَةٌ يَثْبُتُ عِتْقُ الجَارِيَةِ بِنُكُولِ المَوْلَىٰ دُونَ الأُمِّ لِمَا قُلْنَا، وَالتَّحْلِيفُ عَلَى العِلْمِ فِيمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافٌ عَلَىٰ فِعْلِ الغَيْرِ، وَبِهٰذَا القَدْرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ.

والجارية حرة بيقين إمَّا بعتق نفسها أو بعتق الأمِّ.

قوله: وَبِهٰذَا القَدْرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ، وجميع الوجوه

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ) اسْتِحْسَانًا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ العَتَاقِ (وَإِنْ شُهِدَ أَنَّهُ طَلَّقَ إِحْدَىٰ نِسَائِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ وَيُجْبَرُ الزَّوْجُ عَلَىٰ أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُنَّ) وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: الشَّهَادَةُ فِي العِتْقِ مِثْلُ ذٰلِكَ) وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَىٰ عِتْقِ العَبْدِ لَا تُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى العَبْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَىٰ عِتْقِ الأَمَةِ وَطَلَاقِ المَنْكُوحَةِ مَقْبُولَةٌ مِنْ غَيْرِ دَعْوَىٰ بِالِاتِّفَاقِ وَالْمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ، وَإِذَا كَانَ دَعْوَى العَبْدِ شَرْطًا عِنْدَهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ فِي مَسْأَلَةِ

ستَّة: أحدها: أن يتصادقوا أنَّهم لا يدرون أيُّهما أوَّل، وجواب الكتاب أنه يعتق نصف الأمِّ ونصف الجارية باعتبار الأحوال، والثاني: أن تدعي الأم أنَّ الغلام أوَّل وأنكر المولىٰ ذلك وقال الجارية هي الأولى والجارية صغيرة، والجواب أنَّ القول قول المولىٰ مع يمينه لما ذكر في الكتاب، والثالث: أن يتصادقوا أنَّ الغلام أوَّل، والجواب أنه اعتقت الأم والبنت ورقَّ الغلام لأنه لا حظَّ له من العتاق في عموم الأحوال، والرابع: أن يتصادقوا أنَّ الجارية هي الأوْلىٰ، والجواب أنَّهم أرِقَّاء، والخامس: أن تدعي الأمَّ أنَّ الغلام أوَّل ولم تدَّعِ الجاريةَ شيئًا وهي كبيرةٌ، والجواب أنه حلف المولىٰ فإن حلف لم يثبت شيءٌ وإن نكل عتقت الأمُّ دون البنت لأنَّ النكولَ حجَّة ضروريةٌ، والسادس: أن تدّعي البنت دون الأمِّ، فالجواب على عكس هذا.

قوله: وَالشَّهَادَةُ عَلَىٰ عِتْقِ الأَمَةِ، أي الأمة المعينة وطلاق المنكوحة مقبولٌ من

الكِتَابِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَىٰ مِنَ المَجْهُولِ لَا تَتَحَقَّقُ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ بِشَرْطٍ فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنِ انْعَدَمَ الدَّعْوَىٰ.

أَمَّا فِي الطَّلَاقِ فَعَدَمُ الدَّعْوَىٰ لَا يُوجِبُ خَلَلًا فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا، وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ إِحْدَىٰ أَمَتَيْهِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الدَّعْوَىٰ شَرْطًا فِيهَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا تُشْتَرَطُ الدَّعْوَىٰ لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ فَشَابَهَ الطَّلَاقَ، وَالْعِتْقُ المُبْهَمُ.

غير دعوًى بالاتفاق.

قوله: لِأَنَّ الدَّعْوَىٰ مِنَ المَجْهُولِ لَا تَتَحَقَّقُ، وذلك لأنَّا لو صوَّرنا دعوى أحدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصحُّ، وكذا إذا ادعيا أيضًا لا تصحُّ لأنَّهما معينان وصاحب الحقِّ غير معين فلم تكن دعوى أحدهما دعوى من صاحب الحقِّ، ولأنَّ الدعوى حينئذٍ لا تكون مطابقةً للشهادة لأنَّ الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين.

قوله: لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ، أي عتق الأمة يتضمَّن تحريم فرجها على مولاها وذلك حقُّ الشرع، وفيما هو حقُّ الله تعالى الشهادة تقبل حسبةً من غير دعوى، كما في الشهادة برؤية هلال رمضان وحدِّ الزنا والشرب والطلاق، فإن قيل: فعلىٰ هذا ينبغي أن يكتفىٰ بشهادة الواحدة لأنَّه أمر دينيٌّ وخبَر الواحد فيه حجَّة تامَّة، قلنا: خبر الواحد إنَّما يكون حجَّة في الأمر الديني إذا لم يتضمَّن إزالة حقِّ العبد وهنا يتضمن إزالة الملك والمالية وهو حقُّ العبد، وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا قلنا لا بُدَّ من أن يشهد رجلان.

قوله: وَالْعِتْقُ المُبْهَمُ لَا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ، فإن قيل: إذا كانت هي أخته من

لَا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَىٰ عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ، وَهٰذَا كُلُّهُ إِذَا شَهِدَا فِي صِحَّتِهِ عَلَىٰ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، أَمَّا إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ أَوْ شَهِدَا عَلَىٰ تَدْبِيرِهِ فِي صِحَّتِهِ أَوْ فِي مَرَضِهِ وَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَ الوَفَاةِ تُقْبَلُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً، وَكَذَا العِتْقُ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَصِيَّةٌ، وَالْخَصْمُ فِي الوَصِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ المُوصِي وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَعَنْهُ خَلَفٌ وَهُوَ الوَصِيُّ أَوِ الوَارِثُ، وَلِأَنَّ العِتْقَ فِي مَرَضِ المَوْتِ يَشِيعُ بِالْمَوْتِ فِيهِمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا، وَلَوْ

الرضاع قبلت الشهادة علىٰ عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج، قلنا: فيه معنى الزنا لأنَّ فعل المولىٰ قبل العتق لا يلزمه الحدُّ وبعد العتق يلزمه، علىٰ أنَّ الأمة في إنكار العتق متهمة لِمَا لها من الحظِّ في الصحبة مع المولىٰ ولا معتبَر بإنكار المتهم في إنكاره فجعلت كالمدعية، وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبي مع إقرار الوصيِّ، فإنَّها تقبل وإن كانت الشهادة إنَّما تقبل في حقِّ المنكر دون المقرِّ إلا أنَّ إقراره مردود شرعًا فكان منكرًا معنًى، فكذا الإنكار من الأمة لمَّا كان مردودًا شرعًا للتهمة صارت مدعيةً تقديرًا.

قوله: لِأَنَّ التَّدْبِيرَ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً، أي سواءٌ وقع في حالة الصحة أو في حالة المرض.

قوله: وَالْخَصْمُ فِي الوَصِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ المُوصِي وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَعَنْهُ خَلَفٌ وَهُوَ الوَصِيُّ أَوِ الوَارِثُ، فأنزل الوصي أو الوارث مدعيًا للعتق خلفًا عن الميت فتقبل الشهادة، وإنَّما يجبَر على البيان إذا أنكر لأنَّ حقَّ غيره تعلَّق بحقٍّ له فجعل مدعيًا كيلا تكون دعوى

شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ قَالَ فِي صِحَّتِهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَقَدْ قِيلَ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ، وَقِيلَ تُقْبَلُ لِلشُّيُوعِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

العبد شرطًا وجعل مدعيًا عليه حتَّىٰ يجبَر على البيان توفيرًا للحقَّين.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ، أي نظرًا إلى الوجه الأول من وجهي الاستحسان لأنه لمَّا لم يكن وصيةً لم يكن الميت مدعيًا تقديرًا، وقال بعضهم: تقبل لأنَّ العتق شاع فيهما بعد الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الحَلِفِ بِالْعِتْقِ

(وَمَنْ قَالَ إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَيْسَ لَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَىٰ مَمْلُوكًا ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ) لِأَنَّ قَوْلَهُ يَوْمَئِذٍ تَقْدِيرُهُ يَوْمَ إِذْ دَخَلْتُ، إِلَّا أَنَّهُ أَسْقَطَ الفِعْلَ وَعَوَّضَهُ بِالتَّنْوِينِ فَكَانَ المُعْتَبَرُ قِيَامَ المِلْكِ وَقْتَ الدُّخُولِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ عَبْدٌ فَبَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِهِ حَتَّىٰ دَخَلَ عَتَقَ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ قَالَ فِي يَمِينِهِ يَوْمَئِذٍ لَمْ يَعْتِقْ) لِأَنَّ قَوْلَهُ كُلُّ

باب الحلف بالعتق

قوله: وَمَنْ قَالَ إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَيْسَ لَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَىٰ مَمْلُوكًا ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ، لأنه مملوك له يومئذٍ، فإن قيل: الإيجاب لا يصحُّ إلَّا في الملك أو مضافًا إلى الملك ولم يوجد، قلنا: قد وجد لأنه أضاف العتق إلىٰ مملوك له زمان الدخول لأنَّ معنىٰ قوله: يومئذٍ يومَ إذا دخلت فاعتبِر قيام الملك وقت الدخول.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَكُنْ قَالَ فِي يَمِينِهِ يَوْمَئِذٍ لَمْ يَعْتِقْ، أي الذي اشتَراه بعد اليمين، وهذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب إلَّا أن يُعَيِّنهم، وكذا عبيد عبده التاجر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى سواء كان على العبد دين أو لا، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى عتقوا نواهم أولاً وعليه دينٌ أو لا، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلَّا فلا، وإن كان عليه دين لم يعتقوا وإن

مَمْلُوكٍ لِي لِلْحَالِ وَالْجَزَاءُ حُرِّيَّةُ المَمْلُوكِ فِي الحَالِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ الشَّرْطُ عَلَى الجَزَاءِ تَأَخَّرَ إِلَىٰ وُجُودٍ فَيَعْتِقُ إِذَا بَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِهِ إِلَىٰ وَقْتِ الدُّخُولِ وَلَا يَتَنَاوَلُ مَنِ اشْتَرَاهُ بَعْدَ اليَمِينِ.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي ذَكَرٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَهُ جَارِيَةٌ حَامِلٌ فَوَلَدَتْ ذَكَرًا لَمْ يَعْتِقْ) وَهٰذَا إِذَا وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْحَالِ، وَفِي قِيَامِ الحَمْلِ وَقْتَ اليَمِينِ احْتِمَالٌ لِوُجُودِ أَقَلِّ مُدَّةِ الحَمْلِ بَعْدَهُ، وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ المَمْلُوكَ المُطْلَقَ، وَالْجَنِينُ مَمْلُوكٌ تَبَعًا لِلْأُمِّ لَا مَقْصُودًا، وَلِأَنَّهُ عُضْوٌ مِنْ وَجْهٍ وَاسْمُ المَمْلُوكِ يَتَنَاوَلُ الأَنْفُسَ دُونَ الأَعْضَاءِ وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ مُنْفَرِدًا.

نواهم ويدخل المدبر والمدبرة وأم الولد وولدهما والذكر والأنثى لأنَّ اسم المملوك عام، وكذلك يدخل فيه العبد المرهون لأنَّ الملك لم يختل فيه، ولو قال عنيتُ به الذكور دون الإناث لم يصدَّق في القضاء لأنَّ اللفظ عام فلا يصحُّ التخصيص بمجرَّد النية في الحكم، ولو قال عنيتُ به ما يستقبل عُتَقَ ما كان في ملكه وما سيملكه في المستقبل لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر واعتبَرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل لأنه قصد إثباته بلفظٍ محتملٍ.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ مُنْفَرِدًا، وكذا لا يجوز إعتاقه عن كفارة يمينه، وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر، وكذا إذا حلف لا يشتري مملوكين فاشترىٰ جارية حاملاً لا يحنث.

قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ الذُّكُورَةِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي تَدْخُلُ الحَامِلُ فَيَدْخُلُ الحَمْلُ تبَعًا لَهَا.

(وَإِنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ، أَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ وَلَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَىٰ آخَرَ ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ غَدٍ عَتَقَ الَّذِي فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ) لِأَنَّ قَوْلَهُ أَمْلِكُهُ لِلْحَالِ حَقِيقَةً يُقَالُ: أَنَا أَمْلِكُ كَذَا وَكَذَا وَيُرَادُ بِهِ الحَالُ، وَكَذَا يُسْتَعْمَلُ لَهُ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ وَالِاسْتِقْبَالُ بِقَرِينَةِ السِّينِ أَوْ سَوْفَ فَيَكُونُ مُطْلَقُهُ لِلْحَالِ فَكَانَ الجَزَاءُ حُرِّيَّةَ المَمْلُوكِ فِي الحَالِ مُضَافًا إِلَىٰ مَا بَعْدَ الغَدِ فَلَا يَتَنَاوَلُ مَا يَشْتَرِيهِ بَعْدَ اليَمِينِ.

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ، أَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَلَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَىٰ مَمْلُوكًا آخَرَ فَالَّذِي كَانَ عِنْدَ وَقْتَ اليَمِينِ مُدَبَّرٌ وَالْآخَرُ لَيْسَ بِمُدَبَّرٍ، وَإِنْ مَاتَ عَتَقَا مِنَ الثُّلُثِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي النَّوَادِرِ: يَعْتِقُ مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ وَلَا يَعْتِقُ مَا اسْتَفَادَ بَعْدَ يَمِينِهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي إِذَا مِتُّ فَهُوَ حُرٌّ، لَهُ أَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْحَالِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ فَلَا يَعْتِقُ بِهِ مَا سَيَمْلِكُهُ وَلِهٰذَا صَارَ هُوَ مُدَبَّرًا دُونَ الآخَرِ، وَلَهُمَا أَنَّ هٰذَا إِيجَابُ عِتْقٍ وَإِيصَاءٌ حَتَّىٰ اُعْتُبِرَ مِنَ الثُّلُثِ وَفِي الوَصَايَا تُعْتَبَرُ الحَالَةُ المُنْتَظَرَةُ وَالْحَالَةُ الرَّاهِنَةُ؛

قوله: وَالْحَالَةُ الرَّاهِنَةُ، أي الموجودة القائمة، وإنَّما سميت بالحالة الراهنة لأنَّ الرهن هو الحبس والمرء محبوسٌ فيه دون الذي يليه.

أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ بِالْمَالِ مَا يَسْتَفِيدُهُ بَعْدَ الوَصِيَّةِ وَفِي الوَصِيَّةِ لِأَوْلَادِ فُلَانٍ مَنْ يُولَدُ لَهُ بَعْدَهَا، وَالْإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى المِلْكِ أَوْ إِلَىٰ سَبَبِهِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيجَابُ العِتْقِ يَتَنَاوَلُ العَبْدَ المَمْلُوكَ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ الرَّاهِنَةِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا حَتَّىٰ لَا يَجُوزَ بَيْعُهُ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيصَاءٌ يَتَنَاوَلُ الَّذِي يَشْتَرِيهِ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ المُتَرَبِّصَةِ

قوله: وَالْإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى المِلْكِ أَوْ إِلَىٰ سَبَبِهِ، جوابُ سؤال وهو أنَّ اللفظ لمَّا لم يتناول فلم يعتق إذا بقي ملكه يوم مات، فأجاب أنَّ هذا الكلام إيجاب عتق وإيصاء فمن حيث أنه إيجاب عتق يتناول المملوك الحالي ولا يتناول المستحدث لأنَّ الإيجاب يصحُّ مضافًا إلى الملك أو سبب الملك ولم يوجد في حقِّ المستحدث واحد منهما فلا يتحقق في حقِّه التدبير المطلق ويتناول المستحدث من حيث إنه إيصاء فإذا تناولهما الإيجاب صار الذي يملكه وقت التكلم مرادًا به بلا احتمال فصار مدبرًا فلم يجز بيعه، فأما الذي ملكه فيما يستقبل فإنه لم يصر مرادًا لأنَّ ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال في شيء، فإذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصحَّ، فإذا لم يبعه حتى بقي على ملكه إلى وقت الموت يتناوله الإيجاب حينئذٍ لكونه واقعًا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الأوَّل في الثلث فوجب أن يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما في ذلك بقيمته، بخلاف قوله بعد غد لأنه يتناوله الحالة الراهنة، وإنَّما ألحق المستقبل بالحال إذا قام عليه الدليل وهو الإيصاء الذي يتصل بحال الموت فألحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يقم الدليل في تلك المسئلة لأنَّ بعد الغد استقبال محض وليس من الحال في شيء فافترَقا، فإن قيل: قد جمعتم بين الحال والاستقبال لأنَّ الحالة المتَربصة استقبال محض وذا لا يجوز لأنَّ قوله أملكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند البعض، وعند البعض هو مشترَك بينهما،

وَهِيَ حَالَةُ المَوْتِ، وَقَبْلَ المَوْتِ حَالَةُ التَّمَلُّكِ اسْتِقْبَالٌ مَحْضٌ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَعِنْدَ المَوْتِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَوْ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ بَعْدَ غَدٍ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ وَاحِدٌ وَهُوَ إِيجَابُ العِتْقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِيصَاءٌ وَالْحَالَةُ مَحْضُ اسْتِقْبَالٍ فَافْتَرَقَا، وَلَا يُقَالُ: إِنَّكُمْ جَمَعْتُمْ بَيْنَ الحَالِ وَالِاسْتِقْبَالِ، لِأَنَّا نَقُولُ: نَعَمْ لٰكِنْ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ إِيجَابِ عِتْقٍ وَوَصِيَّةٍ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ ذٰلِكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ.

فيؤدي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز أو إلى تعميم المشتَرك وكلاهما لا يجوز، قلنا: هذا الكلام يتناول الموجودين حال الإعتاق ولكن حال الإعتاق من وجه حال التكلُّم ومن وجه حال الموت لأنَّ الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلُّم حالةً واحدةً من حيث إنه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالةً واحدةً، ويقال هذا الكلام إيجاب عتق وإيصاء والإيجاب لا يصحُّ إلَّا في الملك أو مضافًا إلى سببه فيتناول المملوك من حيث إنه إيجاب حتى يصير مدبرًا ويتناول من يشتريه من حيث إنه إيصاء فجمعنا بينهما بسببين مختلفين، وإنما لا يجوز ذلك إذا كان بسببٍ واحدٍ، وهذا كاختلافهم في قوله: لله عليَّ أن أصوم رجبًا، ونوى به النذر واليمين فإنَّ أبا يوسف رحمه الله تعالى لم ير الجمع بين النذر واليمين لأنَّ أحدهما حقيقة والآخر مجاز، وهما جوَّزاه لأنه نذر بصيغته يمين بموجبه، والتحقيق هو الأول، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ العِتْقِ عَلَىٰ جُعْلٍ

(وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَىٰ مَالٍ فَقَبِلَ العَبْدُ عَتَقَ) وَذٰلِكَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَإِنَّمَا يُعْتَقُ بِقَبُولِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ إِذِ العَبْدُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ، وَمِنْ قَضِيَّةِ المُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الحُكْمِ بِقَبُولِ العِوَضِ لِلْحَالِ كَمَا فِي البَيْعِ، فَإِذَا قَبِلَ صَارَ حُرًّا، وَمَا شَرَطَ دَيْنٌ عَلَيْهِ حَتَّىٰ تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ، بِخِلَافِ بَدَلِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَإِطْلَاقُ لَفْظِ المَالِ

باب العتق على جعل

قوله: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَىٰ مَالٍ فَقَبِلَ العَبْدُ عَتَقَ، وَذٰلِكَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، أو علىٰ أنَّ لي عليك ألفًا أو علىٰ ألف تؤدِّيها أو علىٰ أن تعطيني ألفًا أو علىٰ أن تجزني بألف فقبل العبد عتق، وما شرط دَيْن عليه لأنه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت بالعتق، ويجوز أن يجب المال عليه وإن لم يملك ما قابله من ملك المولىٰ، كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وإن لم تملك شيئًا بمقابلته.

قوله: حَتَّىٰ تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ، لأنه دينٌ مطلقٌ لأنه يسعىٰ وهو حرٌّ، بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصحُّ الكفالة به لثبوته مع قيام الرقِّ المنافي لثبوت الدين، إذ المولىٰ لا يستوجب على عبده دينًا.

يَنْتَظِمُ أَنْوَاعَهُ مِنَ النَّقْدِ وَالْعَرَضِ وَالْحَيَوَانِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ فَشَابَهَ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالصُّلْحَ عَنْ دَمِ العَمْدِ، وَكَذَا الطَّعَامُ وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الجِنْسِ، وَلَا تَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصْفِ؛ لِأَنَّهَا يَسِيرَةٌ.

قَالَ: (وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِأَدَاءِ المَالِ صَحَّ وَصَارَ مَأْذُونًا) وَذٰلِكَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ صَحَّ أَنَّهُ يُعْتَقُ عِنْدَ الأَدَاءِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُكَاتَبًا؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي تَعْلِيقِ العِتْقِ بِالْأَدَاءِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَعْنَى المُعَاوَضَةِ فِي الِانْتِهَاءِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَإِنَّمَا صَارَ مَأْذُونًا؛ لِأَنَّهُ رَغَّبَهُ فِي الِاكْتِسَابِ بِطَلَبِهِ الأَدَاءَ مِنْهُ، وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ دُونَ التَّكَدِّي فَكَانَ إِذْنًا لَهُ دَلَالَةً.

(وَإِنْ أَحْضَرَ المَالَ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَىٰ قَبْضِهِ وَعَتَقَ العَبْدُ) وَمَعْنَى الإِجْبَارِ فِيهِ وَفِي سَائِرِ الحُقُوقِ أَنَّهُ يَنْزِلُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَةِ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ وَهُوَ القِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ إِذْ هُوَ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا، وَلِهٰذَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ قَبُولِ

قوله: إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الجِنْسِ، كما إذا أعتقه علىٰ مائة قفيز حنطةٍ.

قوله: وَلَا تَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصْفِ، يعني وإن لم يقل أنَّها جيِّدة أو رديئة، ربيعيَّة أو خريفيَّة.

قوله: وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ دُونَ التَّكَدِّي، لأنه حرامٌ أو لأنه من أمارة الخساسة.

العَبْدِ وَلَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ وَلَا جَبْرَ عَلَىٰ مُبَاشَرَةِ شُرُوطِ الأَيْمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا اسْتِحْقَاقَ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَالْبَدَلُ فِيهَا وَاجِبٌ، وَلَنَا أَنَّهُ تَعْلِيقٌ نَظَرًا إِلَى اللَّفْظِ وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إِلَى المَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ مَا عَلَّقَ عِتْقَهُ بِالْأَدَاءِ إِلَّا لِيَحُثَّهُ عَلَىٰ دَفْعِ المَالِ فَيَنَالَ العَبْدُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ وَالْمَوْلَى المَالَ بِمُقَابَلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الكِتَابَةِ، وَلِهَٰذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلَاقِ فِي مِثْلِ هَٰذَا اللَّفْظِ حَتَّىٰ كَانَ بَائِنًا فَجَعَلْنَاهُ تَعْلِيقًا فِي الِابْتِدَاءِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَوْلَىٰ حَتَّىٰ لَا يَمْتَنِعَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ، وَلَا يَكُونُ العَبْدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ وَلَا يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ المَوْلُودِ قَبْلَ الأَدَاءِ، وَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الِانْتِهَاءِ عِنْدَ الأَدَاءِ دَفْعًا لِلْغُرُورِ عَنِ العَبْدِ حَتَّىٰ يُجْبَرَ المَوْلَىٰ عَلَى القَبُولِ،

قوله: فَجَعَلْنَاهُ تَعْلِيقًا فِي الِابْتِدَاءِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَوْلَىٰ، حتى لا يتمُّ بالمولىٰ وحده، ولا يحتمل الفسخ، ولا يمتنع جواز البيع، ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، ولا يكون العبد أحقَّ بإكسابه.

قوله: وَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الِانْتِهَاءِ عِنْدَ الأَدَاءِ دَفْعًا لِلْغُرُورِ عَنِ العَبْدِ حَتَّىٰ يُجْبَرَ المَوْلَىٰ عَلَى القَبُولِ، إذا أدَّى العبد المال كما في الكتابة، إذ الجبْر يجري على قبض العوض في المعاوضات وإن لم يجبر في التعليقات، وهذا لأنَّ المولىٰ رضي بالعتق عند أداء العوض إليه والعبد ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلَّا لينال شرف الحرية، فلو لم يجبَر عليه لتضرَّر العبد ولو أجبَر لا يتضرَّر السيد به، فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضة لأنَّ البدل والمبدل عند الأداء كله للمولىٰ؟ قلنا: لمَّا ثبت عند الأداء معنى

فَعَلَىٰ هٰذَا يَدُورُ الفِقْهُ وَتَخْرُجُ المَسَائِلُ، نَظِيرُهُ الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ.
وَلَوْ أَدَّى البَعْضَ يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ مَا لَمْ يُؤَدِّ الكُلَّ لِعَدَمِ الشَّرْطِ كَمَا إِذَا حَطَّ البَعْضَ وَأَدَّى البَاقِيَ، ثُمَّ لَوْ أَدَّىٰ أَلْفًا اكْتَسَبَهَا قَبْلَ التَّعْلِيقِ رَجَعَ المَوْلَىٰ عَلَيْهِ وَعَتَقَ لِاسْتِحْقَاقِهَا، وَلَوْ كَانَ اكْتَسَبَهَا بَعْدَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ مِنْ جِهَتِهِ بِالْأَدَاءِ مِنْهُ، ثُمَّ الأَدَاءُ فِي قَوْلِهِ إِنْ أَدَّيْتَ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ تَخْيِيرٌ، وَفِي قَوْلِهِ:

الكتابة من الوجه الذي بيَّنا يثبت شرط صحته اقتضاءً وهو أن يصير العبد أحقَّ بالردِّ، فيثبت هذا سابقًا على الأداء متىٰ وجد الأداء.

قوله: فَعَلَىٰ هٰذَا يَدُورُ الفِقْهُ وَتَخْرُجُ المَسَائِلُ، أي فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهيُّ وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتداء والانتهاء.

قوله: نَظِيرُهُ الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ، فإنه يعتبَر التَّقابض في العوضين ويبطل بالشيوع ويرد بالعيب وخيار الرؤية عملاً بالشبهين.

قوله: كَمَا إِذَا حَطَّ البَعْضَ وَأَدَّى البَاقِيَ، يعني لا يعتق بأداء البعض فإنَّه إذا أبرأ المكاتب عن بعض البدل وأدَّى الباقي عتق لأنَّ المال ثمَّة واجبٌ على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواءٌ أبرأه عن الكلِّ أو حطَّ بعضه وهنا لا مالَ على العبد فبطل الحطَّ والإبراء ولا يعتق ما لم يتمَّ الشرط، كما إذا قال إن كلمتَ زيدًا وعمروًا فأنتَ حُرٌّ ثم قال له حططت عنك كلام أحدهما فإنه لا يصلح لأنَّ الحطَّ فسخٌ لأنَّ قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لا يحتمل الفسخ.

قوله: ثُمَّ الأَدَاءُ فِي قَوْلِهِ إِنْ أَدَّيْتَ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ تَخْيِيرٌ، كما في

إِذَا أَدَّيْتَ لَا يَقْتَصِرُ؛ لِأَنَّ إِذَا تُسْتَعْمَلُ لِلْوَقْتِ بِمَنْزِلَةِ مَتَىٰ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَالْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ) لِإِضَافَةِ الإِيجَابِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ أَنْتَ حُرٌّ غَدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ حَيْثُ يَكُونُ الْقَبُولُ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ إِيجَابَ التَّدْبِيرِ فِي الْحَالِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْمَالُ لِقِيَامِ الرِّقِّ، ....

قوله: أنت حر إن شئت فلا بُدَّ من المشيئة في المجلس، لا يقال: فلما أدَّى في المجلس كان المجلس متبدلاً لأنَّ مجلس الأداء غير مجلس التعليق، كما أنَّ مجلس المناظرة غير مجلس التعليق وهناك يتبدل فكذا هنا، لأنَّا نقول: إنَّما لزم هذا من ضرورة تحقُّق أحد حكمي التعليق وهو الحنث فكان مستثنًى، كما أنَّ ما لزم من ضرورة تحقُّق الحكم الآخر للتعليق وهو البرُّ في قوله: لا يلبس هذا الثوبَ، وهو لابسه صار قدر اللبس الذي يوجد عند النزع مستثنى ليحصل مقصود الحالف.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ حَيْثُ يَكُونُ القَبُولُ إِلَيْهِ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّ إِيجَابَ التَّدْبِيرِ فِي الحَالِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ المَالُ لِقِيَامِ الرِّقِّ، فإن قيل: ما فائدة القبول والتدبير غير محتاج إلى القبول والمال غير واجب؟ قلنا: التدبير لا يحتاج إلى القبول إذا لم يعلقه بالقبول وهنا علَّقه بالقبول، وهذا كقوله إن شئتِ فأنتِ طالق غدًا فإنَّ المشيئة تشترَط للحال، بخلاف ما إذا قال أنتِ طالق غدًا إن شئتِ فإنه لا تشترط المشيئة في الغد لأنه أضاف الطلاق إلى الغد ثم جعل المضاف إلى الغد معلقًا بمشيئتها فكان لها المشيئة في الغد ضرورة، وهنا علق الطلاق بمشيئتها أولاً ثم جعل المعلق بمشيئتها مضافًا إلى الغد فلا بُدَّ من المشيئة لتصحَّ الإضافة إلى الغد.

قَالُوا: لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، وَإِنْ قَبِلَ بَعْدَ المَوْتِ مَا لَمْ يُعْتِقْهُ الوَارِثُ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْإِعْتَاقِ، وَهٰذَا صَحِيحٌ.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَىٰ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ فَقَبِلَ العَبْدُ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ مِنْ سَاعَتِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ فِي مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ قِيمَةُ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ) أَمَّا العِتْقُ فَلِأَنَّهُ جَعَلَ الخِدْمَةَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ عِوَضًا فَيَتَعَلَّقُ العِتْقُ بِالقَبُولِ، وَقَدْ وُجِدَ وَلَزِمَهُ خِدْمَةُ أَرْبَعِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ العَبْدُ فَالْخِلَافِيَّةُ فِيهِ بِنَاءً عَلَىٰ خِلَافِيَّةٍ أُخْرَىٰ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ بَاعَ نَفْسَ العَبْدِ مِنْهُ بِجَارِيَةٍ بِعَيْنِهَا

قوله: قَالُوا: لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، ما لم يعتقه الوارث لأنَّ الميت ليسَ بأهل للإعتاق، وهذا صحيح، وإنَّما لم يعتق ههنا بدون إعتاق الوارث لأنَّ العتق تأخر عن الموت إلىٰ أن يقبل والعتق متىٰ تأخَّر عن الموت لا يثبت إلَّا بإثبات واحد من الوارث والوصي والقاضي لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق، وذلك لأنه لمَّا كان لا يعتق إلَّا بالقبول لم يكن العتق معلقًا بمطلق الموت، وفي مثل هذا لا يعتق إلَّا بإعتاق من هؤلاء، كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر، بخلاف المدبر لأنَّ عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشتَرط إعتاق أحد.

قوله: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَىٰ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ، بأن قال أنت حر علىٰ أن تخدمني أربع سنين فقبل فهو حُرٌّ.

قوله: فَالْخِلَافِيَّةُ فِيهِ بِنَاءً عَلَىٰ خِلَافِيَّةٍ أُخْرَىٰ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ بَاعَ نَفْسَ العَبْدِ مِنْهُ

ثُمَّ أُسْتُحِقَّتِ الجَارِيَةُ أَوْ هَلَكَتْ يَرْجِعُ المَوْلَىٰ عَلَى العَبْدِ بِقِيمَةِ نَفْسِهِ عِنْدَهُمَا وَبِقِيمَةِ الجَارِيَةِ عِنْدَهُ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ، وَوَجْهُ البِنَاءِ أَنَّهُ كَمَا يَتَعَذَّرُ تَسْلِيمُ الجَارِيَةِ بِالْهَلَاكِ وَالِاسْتِحْقَاقِ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إِلَى الْخِدْمَةِ بِمَوْتِ العَبْدِ، وَكَذَا بِمَوْتِ المَوْلَىٰ فَصَارَ نَظِيرَهَا.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَعْتِقْ أَمَتَكَ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ أَنْ تُزَوِّجْنِيهَا فَفَعَلَ

بِجَارِيَةٍ بِعَيْنِهَا ثُمَّ أُسْتُحِقَّتِ الجَارِيَةُ أَوْ هَلَكَتْ، في يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما، وبقيمة الجارية عنده، له أنه معاوضة المال بما ليس بمال لأنَّ نفس العبد ليست بمال في حقه إذ لا يملك نفسه، فصار كما لو تزوَّج امرأة علىٰ عبد ولم يسلم العبد إليها حتى استحق فإنَّها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع أي مهر المثل، ولهما أنه معاوضة مالٍ بمالٍ لأن العبد مالٌ في حق المولىٰ وكذا المنافع بإيراد العقد عليها، فصار كما لو اشترىٰ أباه بأمةٍ فهلكت قبل القبض أو استحقَّت فإنَّ البائع يرجع عليه بقيمة أبيه لا بقيمة الأمة، وكما لو باع العبد بسكنىٰ دار وقبض العبد ومات عنده ثم انْهدمت الدار واستحقت فإنه يرجع بقيمة العبد.

قوله: ثُمَّ أُسْتُحِقَّتِ الجَارِيَةُ أَوْ هَلَكَتْ، قبل التسليم إلى المولىٰ في يد العبد.

قوله: وَكَذَا بِمَوْتِ المَوْلَىٰ، أي إن مات المولىٰ فللورثة أن يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى بما بقى من قيمة الخدمة، قال عيسىٰ: وهذا غلطٌ بل على قولهم جميعًا ههنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لأنَّ الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته، كما لو كان أعتقه علىٰ ألف درهم واستوفى بعضها ثُمَّ مات كان للورثة أن يأخذوه بما بقي من الألف، ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون في الخدمة، وإنَّما كان الشرط أن يخدم المولىٰ فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت

فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ فَالْعِتْقُ جَائِزٌ وَلَا شَيْءَ عَلَى الآمِرِ) ؛ لِأَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ أَعْتِقْ عَبْدَك عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ فَفَعَلَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَيَقَعُ العِتْقُ عَلَى المَأْمُورِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِغَيْرِهِ طَلِّقْ امْرَأَتَكَ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ فَفَعَلَ حَيْثُ يَجِبُ الأَلْفُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ البَدَلِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ فِي الطَّلَاقِ جَائِزٌ وَفِي العَتَاقِ لَا يَجُوزُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ أَمَتَكَ عَنِّي عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا قُسِّمَتِ

العبد، إلَّا أنَّ هذا التعليل ليس بقويٍّ فإنَّ الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولىٰ، ولكن الأصح أن يقول: الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا تورث فلا يمكن إيفاء عين الخدمة بعد موت المولى، فلهذا كان المعتبَر قيمته أو قيمة الخدمة على ما اختلفوا.

قوله: وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، أي في الخلع، في مسئلة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة.

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ أَمَتَكَ عَنِّي عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ، على أن تزوِّجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه وقع العتق عن الآمر وقسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر، فإن قيل: وجب أن لا تعتق الأمة عن الآمر لأن البيع فيها فاسد لأنه بيع بما يخصها من الألف، أو لأنه أدخل النكاح في البيع وإدخال الصفقة في الصفقة مُفْسِد للبيع، والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل البقض ولا عتقَ عنه فيما لا ملك له فيه، ألا ترىٰ أنه لو قال أعتقها عني فأعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لأنه استيهاب والهبة لا تفيد الملك بدون القبض، وإن كان العتق عن الآمر ينبغي أن يجب عليه قيمة الأمة لأنه موجب البيع الفاسد، قيل: إنَّ البيع هنا في ضمن الإعتاق عنه فأخذ حكمه لِمَا عُرف أنَّ المقتضى تبع للمقتضي،

الأَلْفُ عَلَىٰ قِيمَتِهَا وَمَهْرُ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ القِيمَةَ أَدَّاهُ الآمِرُ، وَمَا أَصَابَ المَهْرَ بَطَلَ عَنْهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ عَنِّي تَضَمَّنَ الشِّرَاءُ اقْتِضَاءً عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ فَقَدْ قَابَلَ الأَلْفَ بِالرَّقَبَةِ شِرَاءً وَبِالْبُضْعِ نِكَاحًا فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا، وَوَجَبَتْ حِصَّةُ مَا سَلَّمَ لَهُ وَهُوَ الرَّقَبَةُ وَبَطَلَ عَنْهُ مَا لَمْ يُسَلِّمْ وَهُوَ البُضْعُ، فَلَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَجَوَابُهُ أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَهِيَ لِلْمَوْلَىٰ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي، وَمَا أَصَابَ مَهْرَ مِثْلِهَا كَانَ مَهْرًا لَهَا فِي الوَجْهَيْنِ.

والبيع إنَّما يفسد بالشروط الفاسدة إذا وقع قصدًا، إلَّا أنَّ هذا يشكل بما لو قال: أعتق عبدك عني بألف درهم ورطل من خمر فإنه قال في الكتاب هذا بيع فاسد، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: إنَّ الأمة تنتفع بِهذا الإعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنىٰ قبضٍ، والقبض الأدنىٰ يكفي للبيع الفاسد ولا يكفي للهبة، كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤوس الأشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة، على أنَّ الفاسد ممنوعٌ فإنَّ منافع البضع متقومة عند إيراد العقد عليها، وقران ما هو متقوِّم في نفسه غير مُفْسِد للبيع، كما إذا جمع بين عبد ومدبر في البيع، وذكر فخر الإسلام والإمام الكشانِي رحمهما الله تعالىٰ: لم يبطل البيع بشرط النكاح لأنه مندرج في الإعتاق فأخذ حكم الإعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالإعتاق.

قوله: فَلَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، أي في الجامع الصغير.

قوله: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، أي فيما إذا لم يقل عنِّي.

قوله: وَهِيَ لِلْمَوْلَىٰ فِي الوَجْهِ الثَّانِي، أي فيما إذا قال عنِّي، والله أعلم بالصواب.

بَابُ التَّدْبِيرِ

(إِذَا قَالَ المَوْلَىٰ لِمَمْلُوكِهِ إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا) ؛ لِأَنَّ هٰذِهِ الأَلْفَاظَ صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتُ العِتْقِ عَنْ دُبُرٍ (ثُمَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى الحُرِّيَّةِ) كَمَا فِي الكِتَابَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِهِ البَيْعُ وَالْهِبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ وَكَمَا فِي المُدَبَّرِ المُقَيَّدِ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنْ ذٰلِكَ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ» وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ؛ لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَلَا سَبَبَ غَيْرُهُ؛

باب التدبير

قوله: إِذَا قَالَ المَوْلَىٰ لِمَمْلُوكِهِ إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، وكذا إذا قال أنت مدبر بعد موتِي أو أنت حر مع موتِي، وكذا إذا قال أوصيتُك برقبتك أو عتقك أو بنفسك، وكذا إذا قال أنت حر يوم موتِي لأنَّ اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد حمل على مطلق الوقت، ولو نوىٰ به النهار دون الليل لا يكون مدبرًا مطلقًا لجواز أن يموت ليلاً.

قوله: مِنْ ذٰلِكَ، أي من البيع والهبة.

قوله: وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ، من تتمة الحديث.

ثُمَّ جَعْلُهُ سَبَبًا فِي الحَالِ أَوْلَىٰ لِوُجُودِهِ فِي الحَالِ وَعَدَمِهِ بَعْدَ المَوْتِ؛ وَلِأَنَّ مَا بَعْدَ المَوْتِ حَالُ بُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ فَلَا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَىٰ زَمَانِ بُطْلَانِ الأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؛ لِأَنَّ المَانِعَ مِنَ السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ قَبْلَ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَالْيَمِينُ مَانِعٌ وَالْمَنْعُ هُوَ المَقْصُودُ، وَأَنَّهُ يُضَادُّ وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَأَمْكَنَ تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَىٰ زَمَانِ الشَّرْطِ؛ لِقِيَامِ الأَهْلِيَّةِ عِنْدَهُ فَافْتَرَقَا؛ وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ خِلَافَةٌ فِي الحَالِ كَالْوِرَاثَةِ وَإِبْطَالُ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ،

قوله: ثُمَّ جَعْلُهُ سَبَبًا فِي الحَالِ أَوْلَىٰ لِوُجُودِهِ فِي الحَالِ وَعَدَمِهِ بَعْدَ المَوْتِ، ولا يقال: أنه موجود حكمًا حينئذٍ وإن كان معدومًا حقيقةً، لأنَّ الشيء إنَّما يعتبَر وجودًا حكمًا إذا أمكن وجوده حقيقةً، ولا إمكان لوجوده منه بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميِّت، ولا يمكن تقديره حيًّا بعد الموت لأنَّ هذا الحكم لا يثبت إلَّا إذا حكم الشرع بموته، ومتىٰ حكم الشرع بموته استحال أن يحكم بحياته لإفضائه إلى التناقض فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية، ولا يلزم إذا جنَّ بعد التعليق بدخول الدار ووجد الدخول فإنه يعتق العبد وإن لم يكن هو أهلاً لأنَّ الجنون لا ينافي أهلية العتق من كل وجهٍ، ولهذا يعتق عليه قريبه بالإرث ولأنَّ المحل باقٍ على ملكه ثمَّة ولا كذلك ههنا.

قوله: وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ خِلَافَةٌ فِي الحَالِ، أي الإيصاء سبب خلافة كالوراثة أي كسبب الوراثة لأنه إثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدمًا على الوارث فاعتبِر للحال سببًا لإثبات الخلافة كالقرابة، إلَّا أنَّ الوصية بالمال تبَرع بالمال والوصية بالعتق تبَرع بالعتق والتبَرع بالمال لا يقعُ لازمًا فسببه أيضًا لا يكون لازمًا فلم يمتنع إبطاله بالبيع ونحوه، وأمَّا العتق فلا يثبت إلا لازمًا فالسبب الذي يوجبه لا ينعقد إلا لازمًا فيمنع

وَفِي البَيْعِ وَمَا يُضَاهِيهِ ذٰلِكَ.

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطِئَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا) ؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ وَبِهِ تُسْتَفَادُ وِلَايَةُ هٰذِهِ التَّصَرُّفَاتِ (فَإِذَا مَاتَ المَوْلَىٰ عَتَقَ المُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ) لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَىٰ وَقْتِ المَوْتِ وَالْحُكْمُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الحَالِ فَيَنْفُذُ مِنَ الثُّلُثِ، حَتَّىٰ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَىٰ فِي ثُلُثَيْهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المَوْلَىٰ دَيْنٌ يَسْعَىٰ فِي كُلِّ قِيمَتِهِ؛ لِتَقَدُّمِ الدَّيْنِ عَلَى الوَصِيَّةِ وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُ العِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ.

(وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ) وَعَلَى ذٰلِكَ نُقِلَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - (وَإِنْ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَىٰ صِفَةٍ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هٰذَا أَوْ سَفَرِي هٰذَا أَوْ مِنْ مَرَضِ كَذَا فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ) ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الحَالِ لِتَرَدُّدٍ فِي تِلْكَ الصِّفَةِ، بِخِلَافِ

جواز البيع لأنَّ سبب العتق إذا وجد يلزم، ولا يجوز إبطاله لأنَّ سبب العتق يثبت حقَّ العتق والحقُّ ملحقٌ بالحقيقة، فكما لا يجوز إبطالها لأنَّها حقَّه لا يجوز إبطاله لأنه حقه كالاستيلاد، وفي البيع وما يضاهيه من الهبة والإمهار إبطال السبب.

قوله: وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، رُوِيَ أنه خوصم إلى عثمان رضي الله تعالى عنه في أولاد المدبرة فقال: ما ولدته قبل التدبير فهو عبد، وما ولدته بعد التدبير فهو مدبر، وكان ذلك بمحضر من الصحابة

الْمُدَبَّرِ الْمُطْلَقِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِتْقُهُ بِمُطْلَقِ الْمَوْتِ وَهُوَ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ الْمُدَبَّرُ) مَعْنَاهُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ؛ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ فِيهِ فَلِهٰذَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَمِنَ الْمُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ إِلَىٰ سَنَةٍ أَوْ عَشْرِ سِنِينَ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَىٰ مِائَةِ سَنَةٍ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ؛ لِأَنَّهُ كَالْكَائِنِ لَا مَحَالَةَ.

رضي الله تعالىٰ عنهم ولم ينكر عليه أحد فيصير إجماعًا.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلىٰ قوله: لأنَّ السبب لم ينعقد.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَىٰ مِائَةِ سَنَةٍ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ؛ لِأَنَّهُ كَالْكَائِنِ لَا مَحَالَةَ، وقال أبو يوسف هو تدبير مقيَّد، فإن قيل: إذا قال إذا جاء غد فأنت حر لا يكون سببًا في الحال ولا يمتنع بيعه مع أنَّ مجيء الغد كائنٌ لا محالةَ كالموت، قلنا: لا نسلم أنه كائن لا محالة فإنه من الجائز أن تقوم القيامة قبل مجيء الغد، أو نقول: أنَّ الكلام في الأعم الأغلب فإنَّ الأعم في سائر التعليقات أن لا يكون كائنًا لا محالةَ لتحقيق معنى الشرطية فلا يرد الإفراد مثل الغد علينا نقضًا، أو نقول: في التدبير معنى الخلافة وليس في التعليق بالغد ذلك، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

بَابُ الِاسْتِيْلَادِ

(وَإِذَا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِنْ مَوْلَاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا تَمْلِيكُهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» أَخْبَرَ

باب الاستيلاد

قوله: وَإِذَا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِنْ مَوْلَاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا تَمْلِيكُهَا، وهو قول عامَّة الصحابة رضي الله عنهم وبه قال جمهور الفقهاء، وقال بِشر المريسي وداؤد الأصفهانِي ومن تابعه من أصحاب الظواهر: يجوز بيعها ولا يعتق بموت المولىٰ، وهو قول عليٍّ رضي الله عنه، وحُكِي عن أبي سعيد البَردعي أستاذ الكرخي رحمهما الله تعالى أنه خرج حاجًّا من بردعة فوصل يوم الجمعة بغدادَ فرأى بعد صلاة الجمعة قومًا جلسوا للنظر، وفيهم داؤد فسأله حنفيٌّ عن بيع أمِّ الولد فقال: يجوز بيعها لأنَّ بيعها يجوز إجماعًا قبل العلوق، فنحن على هذالإجماع حتى ينعقد إجماع آخر لأنَّ ما ثبت باليقين لا يرتفع إلا بيقين مثله، فتحيَّر الحنفي لأنه لا يقبل القياس، وخبَر الواحد لا يوجب اليقين، فقال أبو سعيد: أجمعنا علىٰ عدم جواز بيعها بعد العلوق لأنَّ في بطنها ولدًا حرًّا فنحن علىٰ هذالإجماع حتى ينعقد إجماع آخر، فتحيَّر داؤدُ فانقطع، فلمَّا رأىٰ وهنه ووهن أصحابه في الفقه ترك الخروج إلىٰ مكَّة وجلس للتدريس فاجتمع أصحاب داؤد عند أبي سعيد، وكان علىٰ ذلك حتَّىٰ سمع ليلةً مناديًا يقول: ﴿فَأَمَّا ٱلزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَآءً وَأَمَّا مَا يَنفَعُ ٱلنَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [الرعد: ١٧] فما لبث أن قرع إنسانٌ بابه وأخبَره بموت داؤد فاستقرَّ أمره بعد ذلك.

قوله: أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا، قاله عليه الصلاة والسلام لمارية القبطية لمَّا ولدت إبراهيم،

عَنْ إِعْتَاقِهَا فَيَثْبُتُ بَعْضُ مَوَاجِبِهِ وَهُوَ حُرْمَةُ البَيْعِ، وَلِأَنَّ الجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الوَاطِئِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الوَلَدِ فَإِنَّ المَاءَيْنِ قَدِ اخْتَلَطَا بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ المَيْزُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ المُصَاهَرَةِ، إِلَّا أَنَّ بَعْدَ الِانْفِصَالِ تَبْقَى الجُزْئِيَّةُ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلًا إِلَىٰ مَا بَعْدِ المَوْتِ، وَبَقَاءُ الجُزْئِيَّةِ حُكْمًا بِاعْتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِنْ جَانِبِ الرِّجَالِ، فَكَذَا الحُرِّيَّةُ تَثْبُتُ فِي

وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أيما أمةٍ وَلَدَتْ من سيِّدها فهي معتقةٌ عن دُبُرٍ منه» صار بيانًا لأنَّ المراد بقوله أعتقها أي أثبت فيها حق الحرية.

قوله: وَلِأَنَّ الجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ، إلى آخره، وهذا لأنَّ المائين قد اختلط بحيث لا يمكن الميز بينهما، وإليه أشار عمر رضي الله عنه في قوله: وقد اختلط لحومكم بلحومهنَّ ودماؤكم بدمائهنَّ، ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل أنَّ الاستيلاد لو كان بالزنا لا تصير أمّ ولد له متىٰ ملكها، وإنَّما أراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط أن يكون الولد منسوبًا إليهما، بدليل أنَّ المولىٰ لو أعتق ما في بطن جاريته لم يثبت لها حقُّ العتق، فلو كان ثبوت حقِّ العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحرِّ ليثبت هنا، وحيث لم يثبت دلَّ علىٰ أنه غير مبنيٍّ علىٰ هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد، بل حصل الاتحاد بينهما لأنَّ إضافة الولد إلىٰ كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية، واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية إلا أنَّ هذا الاتحاد حكميٌّ غير حقيقيٍّ فيوجب حقَّ الحريَّة لا حقيقتها، وبعد الانفصال أيضًا تبقي الجزئية حكمًا لا حقيقةً فأوْجَب حكمًا مؤجلاً إلىٰ ما بعد الموت.

قوله: وَبَقَاءُ الجُزْئِيَّةِ حُكْمًا بِاعْتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِنْ جَانِبِ الرِّجَالِ، أي بقاء

حَقِّهِمْ لَا فِي حَقِّهِنَّ، حَتَّىٰ إِذَا مَلَكَتِ الحُرَّةُ زَوْجَهَا وَقَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ لَمْ يُعْتَقِ الزَّوْجُ الَّذِي مَلَكَتْهُ بِمَوْتِهَا، وَبِثُبُوتِ عِتْقٍ مُؤَجَّلٍ يَثْبُتُ حَقُّ الحُرِّيَّةِ فِي الحَالِ فَيُمْنَعُ جَوَازُ البَيْعِ وَإِخْرَاجُهَا لَا إِلَى الحُرِّيَّةِ فِي الحَالِ وَيُوجِبُ عِتْقَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ فَإِنَّهُ فَرْعُ النَّسَبِ فَيُعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ.

قَالَ: (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا) لِأَنَّ المِلْكَ فِيهَا قَائِمٌ فَأَشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ بِالْعَقْدِ فَلَأَنْ يَثْبُتَ بِالْوَطْءِ وَأَنَّهُ أَكْثَرُ إِفْضَاءً أَوْلَىٰ، وَلَنَا أَنَّ وَطْءَ الأَمَةِ يُقْصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الوَلَدِ؛ لِوُجُودِ المَانِعِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ

الجزئية حكمًا إنَّما يكون بحكم جزئية مؤكدة بثبات النَّسب، والأصل في ثبات النسب هو الأب، فإنَّ الولد ينسب إلى أبيه والأمُّ تنسب إليه بواسطة الولد، فلهذا تثبت الجزئية في حقهم لا في حقهنَّ، حتى لو تزوَّج عبد حرةً ثم ملكت الحرَّة زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل إلىٰ موتِها حتى لا يعتق بموتِها.

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ، يريدُ به أنه إذا أمكن تكميله بأن يتملك نصيب صاحبه بالضمان، أمَّا إذا لم يمكن تكميله بأن استولد مدبرة مشتَركة بينه وبين غيره يقتصر علىٰ نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِوُجُودِ المَانِعِ، وهو ذهاب التقوُّم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ونقصان القيمة عندهما.

بِمَنْزِلَةِ مَالِكِ اليَمِينِ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ، بِخِلَافِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعْوَةِ.

(فَإِنْ) (جَاءَتْ بَعْدَ ذٰلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ) مَعْنَاهُ بَعْدَ اعْتِرَافٍ مِنْهُ بِالْوَلَدِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ بِدَعْوَى الوَلَدِ الأَوَّلِ تَعَيَّنَ الوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا كَالْمَعْقُودَةِ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ) ؛ لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّىٰ يَمْلِكَ نَقْلَهُ بِالتَّزْوِيجِ، بِخِلَافِ المَنْكُوحَةِ حَيْثُ لَا يَنْتَفِي الوَلَدُ بِنَفْيِهِ إِلَّا بِاللِّعَانِ؛ لِتَأَكُّدِ الفِرَاشِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ إِبْطَالَهُ بِالتَّزْوِيجِ، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ حُكْمٌ، فَأَمَّا الدِّيَانَةُ، فَإِنْ كَانَ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا وَلَمْ يَعْزِلْ عَنْهَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ وَيَدَّعِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنْهُ، وَإِنْ عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يُحَصِّنْهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ؛ لِأَنَّ هٰذَا الظَّاهِرَ يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ

قوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ، أي من غير لعان، وفي المبسوط: وإنّما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به أو لم يتطاول ذلك، فأمّا بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجهٍ لا يملك إبطاله، وكذلك بعد التطاول، لأنه وجد منه دليل الإقرار في هذه المدّة من قبول التهنئة ونحوه، فيكون كالتصريح بالإقرار، واختلافهم في مدّة التطاول قد سبق في اللعان.

قوله: فَإِنْ كَانَ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا، المراد من التحصين هو أن يحفظها عمّا يوجب ريبة الزنا، وإن عزل عنها أو لم يحصّنها جاز له أن ينفيه.

قوله: لِأَنَّ هٰذَا الظَّاهِرَ، وهو أن يكون الولد من المولىٰ باعتبار أنّ الظاهر عدم الزنا، يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ، أي يعارضه ظاهر آخر وهو أن يكون الولد من الزنا لوجود أحد الدليلين

آخَرُ، هٰكَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ ذَكَرْنَاهُمَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ. (فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ) ؛ لِأَنَّ حَقَّ الحُرِّيَّةِ يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ كَالتَّدْبِيرِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ وَلَدَ الحُرَّةِ حُرٌّ وَوَلَدَ القِنَّةِ رَقِيقٌ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الفِرَاشَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا إِذِ الفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ، وَلَوِ ادَّعَاهُ المَوْلَىٰ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ الوَلَدُ

وهما العزل وعدم التحصين، وهذا مرويٌّ عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه.

قوله: وَفِيهِ رِوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، أي عن كل واحد روايةٌ، ويدلُّ عليه إعادة كلمة عن، رُوِيَ عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنَّه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتَّىٰ جاءت بالولد فعليه أن يدعيه، سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصنها أو لم يحصنها، تحسينًا للظنِّ لها وحملاً لأمرها على الصلاح، وعن محمد رحمه الله تعالى أنَّه قال: لا ينبغي له أن يدعي النسب إذا لم يعلم أنَّه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته، لأنَّ استلحاق نسب ليس منه لا يحلُّ شرعًا، فيحتاط من الجانبين.

قوله: وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا، وفي الإيضاح: أراد بالفاسد هنا ما إذا اتصل به الدخول، وهو حينئذٍ في إثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح، وكان الفراش فيه ما هو الثابت في النكاح فكان أقوىٰ من فراش أمِّ الولد.

قوله: وَلَوِ ادَّعَاهُ المَوْلَىٰ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ

وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِإِقْرَارِهِ.

(وَإِذَا مَاتَ المَوْلَىٰ عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ المَالِ) لِحَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ وَأَنْ لَا يُبَعْنَ فِي دَيْنٍ وَلَا يُجْعَلْنَ مِنَ الثُّلُثِ» ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى الوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ فَتُقَدَّمُ عَلَىٰ حَقِّ الوَرَثَةِ وَالدَّيْنِ كَالتَّكْفِينِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الحَوَائِجِ (وَلَا سِعَايَةَ عَلَيْهَا فِي دَيْنِ المَوْلَىٰ لِلْغُرَمَاءِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّىٰ لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالْقِصَاصِ،

الوَلَدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولىٰ بعلوق سبق النكاح أو شبهة بعد النكاح، إلَّا أنَّ هذا الاحتمال غير معتبَر في حقِّ النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقى معتبَرًا في حقِّ الأمِّ لأنَّها محتاجة إلى حقِّ أمية الولد، بخلاف ما إذا أقرَّ بالاستيلاد بالزنا لأنه احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا.

قوله: وَأَنْ لَا يُبَعْنَ، وفي بعض النسخ: وأن لا يسعين.

قوله: فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالْقِصَاصِ، يعني إذا مات من له القصاص وهو مديونٌ فليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونَهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونِهم، لأنَّ القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئًا متقومًا، وقيل معناه: إذا قتل المديون شخصًا لا يقدر الغرماء على منع وليِّ القصاص من استيفاء القصاص، وقيل معناه: إذا قتل رجل مديونًا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو.

بِخِلَافِ المُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ.

(وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَىٰ فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ لَا تُعْتَقُ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَ السِّعَايَةَ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: تُعْتَقُ فِي الحَالِ وَالسِّعَايَةُ دَيْنٌ عَلَيْهَا، وَهٰذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا عُرِضَ عَلَى المَوْلَى الإِسْلَامُ فَأَبَىٰ، فَإِنْ أَسْلَمَ تَبْقَىٰ عَلَىٰ حَالِهَا، لَهُ أَنَّ إِزَالَةَ الذُّلِّ عَنْهَا بَعْدَمَا أَسْلَمَتْ وَاجِبَةٌ وَذٰلِكَ بِالْبَيْعِ أَوِ الإِعْتَاقِ وَقَدْ تَعَذَّرَ البَيْعُ فَتَعَيَّنَ الإِعْتَاقُ، وَلَنَا أَنَّ النَّظَرَ مِنَ الجَانِبَيْنِ فِي جَعْلِهَا مُكَاتَبَةً؛ لِأَنَّهُ يَنْدَفِعُ الذُّلُّ عَنْهَا بِصَيْرُورَتِهَا حُرَّةً يَدًا وَالضَّرَرُ عَنِ الذِّمِّيِّ لِانْبِعَاثِهَا عَلَى الكَسْبِ نَيْلًا لِشَرَفِ الحُرِّيَّةِ فَيَصِلُ الذِّمِّيُّ إِلَىٰ بَدَلِ مِلْكِهِ، أَمَّا لَوْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مُفْلِسَةٌ تَتَوَانَىٰ فِي الكَسْبِ وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ

قوله: وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ، جوابٌ عمَّا يلزم على أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ مالية أمّ الولد غير متقومة عنده، فأجاب بوجهين: أحدهما: أنَّ مالية أم الولد متقومة في اعتقاد الذمي فيتْرك وما يعتقده، كما في مالية الخمر، والثاني: أنَّ مالية أم الولد وإن لم تكن متقومةً ولكن ملكه فيها محترَم وقد احتبس عندها بمعنى من جهتها وهذا يكفي لوجوب الضمان، كالقصاص فإنه ليس بمال متقوِّم ثم إذا احتبس نصيب أحد الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله، فإن قيل: لو كان احترامها كافيًا لوجوب الضمان ينبغي أن يجب الضمان بغصب أمّ الولد لما أنَّها حرام التعرض بالغصب، ومع ذلك لا يجب الضمان به عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، قلنا: إنَّما لم يجب الضمان به علىٰ قوله لأنَّ مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْۚ﴾ [البقرة: ١٩٤] لأنَّ الغصب من

يَعْتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ، وَلِأَنَّهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ، وَهٰذَا يَكْفِي لِوُجُوبِ الضَّمَانِ كَمَا فِي القِصَاصِ المُشْتَرَكِ إِذَا عَفَا أَحَدُ الأَوْلِيَاءِ يَجِبُ المَالُ لِلْبَاقِينَ.

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلَاهَا عَتَقَتْ بِلَا سِعَايَةٍ) ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِنَّةً؛ لِأَنَّهَا لَوْ رُدَّتْ قِنَّةً أُعِيدَتْ مُكَاتَبَةً لِقِيَامِ المُوجِبِ (وَمَنِ اسْتَوْلَدَ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوِ اسْتَوْلَدَهَا بِمِلْكِ يَمِينٍ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ ثُمَّ مَلَكَهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَنَا، وَلَهُ فِيهِ قَوْلَانِ وَهُوَ وَلَدُ المَغْرُورِ، لَهُ أَنَّهَا عَلِقَتْ بِرَقِيقٍ فَلَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا إِذَا عَلِقَتْ مِنَ الزِّنَا ثُمَّ مَلَكَهَا الزَّانِي، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ بِاعْتِبَارِ عُلُوقِ الوَلَدِ حُرًّا؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ الأُمِّ فِي تِلْكَ الحَالَةِ وَالْجُزْءُ لَا يُخَالِفُ الكُلَّ، وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الجُزْئِيَّةُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ،

الاعتداء ولا مساواة بين ما ضمن به من المال وبين مالية أمّ الولد لأنَّها غير متقومة، فلمَّا لم تثبت المساواة لم يجب الضمان لهذا المعنى.

قوله: لِقِيَامِ المُوجِبِ، وهو وجوب إزالة الذُّلِّ عنها بعد ما أسلمت.

قوله: وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الجُزْئِيَّةُ، أي الجزئية مع النسبة إلى الأب، لأنه إذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف إلى كلٍّ واحد منهما على سبيل الكمال فتصير هي منسوبة إليه باعتبار هذه الواسطة فصار نفسها كنفسه لمَّا صار بعضها كبعضه، ثمَّ لو ملكه

وَالْجُزْئِيَّةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الوَلَدِ الوَاحِدِ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمُلًا وَقَدْ ثَبَتَ النَّسَبُ فَتَثْبُتُ الجُزْئِيَّةُ بِهٰذِهِ الوَاسِطَةِ، بِخِلَافِ الزِّنَا؛ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ فِيهِ لِلْوَلَدِ إِلَى الزَّانِي، وَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلَى الزَّانِي إِذَا مَلَكَهُ؛ لِأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَةً بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ، نَظِيرُهُ مَنِ اشْتَرَىٰ أَخَاهُ مِنَ الزِّنَا لَا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ نِسْبَتِهِ إِلَى الوَالِدِ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ.

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَا

نفسه يعتق عليه من كلِّ وجهٍ، فأمَّا إذا ملك نفسه من وجه عتق عليه من وجه، وهذا متقرِّر متىٰ ثبت نسب الولد بنكاح أو ملك، فأمَّا إذا استولدها بالزنا وأقرَّ بذلك ثمَّ ملكها يصير أمَّ ولده قياسًا، وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لأنَّه ولده حقيقةً حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا أمُّها تكون أمَّ ولده، وفي الاستحسان لا تصير أمَّ ولد له لأنَّ الموجب لحقِّ العتق لها صيرورتُها منسوبةً إليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لأنَّ نسب الولد بالزنا لا يثبت ولا تصير هيَ منسوبة إليه بدون هذه الواسطة، وإنَّما عتق عليه الولد لو ملكه لأنه جزؤه حقيقةً، وكما لا يستديم للإنسان الملك علىٰ نفسه لا يستديم الملك علىٰ جزئه.

قوله: نَظِيرُهُ مَنِ اشْتَرَىٰ أَخَاهُ مِنَ الزِّنَا، أي أخاه لأبٍ لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الولد وهي غير ثابتة، فأمَّا إذا اشترىٰ أخاه لأمٍّ من الزنا يعتق عليه.

قوله: وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ، يريد بِها القنة لأنَّها محل التملك، حتى لو كانت مدبَّرةً أو أمَّ ولد الابن بحيث لا ينتقل إلى الأب بالقيمة فدعوته باطلةٌ، ثم دعوة الأب إنَّما تصحُّ بشرط أنَّ الجارية في ملك الابن وقت العلوق ووقت الدعوة، وأن لا يخرج من ملك الابن فيما بين ذلك حتى يمكن استناد الملك إلىٰ ما قبل الاستيلاد.

المَسْأَلَةَ بِدَلَائِلِهَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ مِنْ هٰذَا الكِتَابِ، وَإِنَّمَا لَا يَضْمَنُ قِيمَةَ الوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ انْعَلَقَ حُرَّ الأَصْلِ لِاسْتِنَادِ المِلْكِ إِلَىٰ مَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ.

(وَإِنْ وَطِئَ أَبُو الأَبِ مَعَ بَقَاءِ الأَبِ لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ) ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْجَدِّ حَالَ قِيَامِ الأَبِ (وَلَوْ كَانَ الأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِنَ الجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الأَبِ) ؛ لِظُهُورِ وِلَايَتِهِ عِنْدَ فَقْدِ الأَبِ، وَكُفْرُ الأَبِ وَرِقُّهُ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَاطِعٌ لِلْوِلَايَةِ (وَإِذَا كَانَتِ الجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ فِي نِصْفِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ ثَبَتَ فِي البَاقِي ضَرُورَةَ أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ؛ لِمَا أَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ العُلُوقُ إِذِ الوَلَدُ الوَاحِدُ لَا يَنْعَلِقُ مِنْ مَاءَيْنِ.

(وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَصِيرُ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ إِذْ هُوَ قَابِلٌ لِلْمِلْكِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) ؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الِاسْتِيلَادَ وَيَضْمَنُ نِصْفَ عُقْرِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً، إِذِ المِلْكُ يَثْبُتُ حُكْمًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَعَقَّبُهُ المِلْكُ فِي

قوله: وَلَوْ كَانَ الأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِنَ الجَدِّ، هذا إذا جاءت به بعد موت الأب لستة أشهر فصاعدًا، وأمَّا إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر لا يثبت من الجدِّ.

قوله: لَا يَنْعَلِقُ مِنْ مَاءَيْنِ، أي من ماء رجلين.

نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِخِلَافِ الأَبِ إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ ابْنِهِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ فَصَارَ وَاطِئًا مِلْكَ نَفْسِهِ (وَلَا يَغْرَمُ قِيمَةَ وَلَدِهَا) ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ العُلُوقِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَىٰ مِلْكِ الشَّرِيكِ.

(وَإِنِ ادَّعَيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلَتْ عَلَىٰ مِلْكِهِمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُرْجَعُ إِلَىٰ قَوْلِ القَافَةِ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَ النَّسَبِ

قوله: بِخِلَافِ الأَبِ إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ ابْنِهِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ فَصَارَ وَاطِئًا مِلْكَ نَفْسِهِ، فإن قيل: التملك إنَّما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد فيثبت سابقًا عليه فيبقى ما وجد من فعل الوطئ سابقًا على العلوق في غير الملك فينبغي أن يجب العقر، قلنا: الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدُّد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطء في الملك.

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلَتْ عَلَىٰ مِلْكِهِمَا، وإنما قيَّد بهذا لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحًا ثم اشتراها هو وآخر فهي أمُّ ولد له لأنَّ نصيبه منها صار أمَّ ولد له، والاستيلاد لا يحتمل التجزي فيثبت في نصيب شريكه أيضًا.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يُرْجَعُ إِلَىٰ قَوْلِ القَافَةِ، هي جمع القائف وهم جماعة يُعْرَفون بأنَّهم يُعَرِّفون أولاد النَّاس بالشبه، تمسَّك الشافعي رحمه الله تعالى بما قالت عائشة رضي الله عنها: دخلتُ على رسول الله عليه الصلاة والسلام وأسارير وجهه تبْرُق من السرور، وقال: «أما ترين يا عائشة أنَّ مجزِّزًا المدلجي مرَّ بأسامة وزيد وهما نائمان تحت لحافٍ واحدٍ وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض» فسرور رسول الله عليه الصلاة والسلام بقول القائف دليلٌ على أنَّ قوله

مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلْمِنَا أَنَّ الوَلَدَ لَا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ مُتَعَذِّرٌ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهِ، وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِقَوْلِ القَائِفِ فِي أُسَامَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -، وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ - إِلَىٰ شُرَيْحٍ فِي هٰذِهِ الحَادِثَةِ: لَبَّسَا فَلُبِّسَ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ بَيَّنَا لَبُيِّنَ لَهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، وَكَانَ ذٰلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَجْمَعِينَ، وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مِثْلُ ذٰلِكَ، وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ، وَالنَّسَبُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ وَلٰكِنْ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِمَا عَلَى التَّجْزِئَةِ، وَمَا لَا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ

حجة في النسب، وقلنا: أنَّ قول القائف رجمٌ بالغيب ودعوًى بما استأثر الله تعالى بعلمه في قوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي ٱلْأَرْحَامِ﴾ [لقمان: ٣٤] ولا برهان له في قوله مع أنه كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الأولاد إلى غير الآباء ومجرَّد الشبه غير معتبَر، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالى حكم باللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف واعتبار الشبه، وإنما سرَّ به عليه الصلاة والسلام لأنَّ الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة ابن زيد لاختلاف لونهما، وكانوا يعتقدون أنَّ عند القائف علمًا بذلك فكان قول القائف ردًّا لطعن الكفَّار، لا لأنَّ قول القائف حجة في النسب شرعًا، كذا في المبسوط.

قوله: وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، حتى إذا مات هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا الأب الباقي، ولا يجعل النصف لهذا الأب والنصف لورثة الأب الميت.

قوله: وَلٰكِنْ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، كالنفقة والإرث، وولاية التصرف في ماله،

كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمُلًا كَأَنْ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَبًا لِلْآخِرِ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا لِوُجُودِ المُرَجِّحِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ وَهُوَ الإِسْلَامُ وَفِي حَقِّ الأَبِ وَهُوَ مَا لَهُ مِنَ الحَقِّ فِي نَصِيبِ الِابْنِ، وَسُرُورُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِيمَا رُوِيَ؛ لِأَنَّ الكُفَّارَ كَانُوا يَطْعَنُونَ فِي نَسَبِ أُسَامَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -، وَكَانَ قَوْلُ القَائِفِ مُقْطِعًا لِطَعْنِهِمْ فَسُرَّ بِهِ.

(وَكَانَتِ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا) ؛ لِصِحَّةِ دَعْوَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ فِي الوَلَدِ فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ تَبَعًا لِوَالِدِهَا (وَعَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ العُقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الآخَرِ، وَيَرِثُ الِابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ) ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمِيرَاثِهِ كُلِّهِ وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ (وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي النَّسَبِ كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ.

والحضانة، وما لا يقبل التجزئة كالنسب وولاية الإنكاح.

قوله: وَعَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ العُقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الآخَرِ، فإن قيل: لا فائدةَ في وجوب العقر لأنه يصير قصاصًا، قلنا: فيه فائدةٌ، فربَّما برأ أحدهما عن حقه فيبقىٰ حق الآخر فتتوجَّه المطالبة.

قوله: كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ، أي إذا أقاما البينةَ على شيءٍ واحدٍ يكون ذلك الشيء بينهما على السواء، فكذا هذا، وأمَّا إذا أقاما البينة علىٰ مجهول النسب فالحكم هكذا.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَىٰ جَارِيَةَ مُكَاتَبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ تَصْدِيقُهُ اعْتِبَارًا بِالْأَبِ يَدَّعِي وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ الْمَوْلَىٰ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مُكَاتَبِهِ حَتَّىٰ لَا يَتَمَلَّكَهُ وَالْأَبُ يَمْلِكُ تَمَلُّكَهُ فَلَا مُعْتَبَرَ بِتَصْدِيقِ الِابْنِ.

قَالَ: (وَعَلَيْهِ عُقْرُهَا) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَقَدَّمُهُ الْمِلْكُ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ كَافٍ لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ لِمَا نَذْكُرُهُ. قَالَ: (وَقِيمَةُ وَلَدِهَا) ؛ لِأَنَّهُ فِي

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ تَصْدِيقُهُ، أي لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرَّد دعوة المولىٰ كما في الأب، والجامع بينهما أنَّ جارية المكاتب كَسَبَ كِسب المولىٰ فكذلك جارية الابن كَسَبَ كِسب الأب، أو يقول للمولى في المكاتب ملك الرقبة وليس للأب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد، بل للأب في مال الابن حق التملك وحق الملك أقوىٰ من حق التمليك، فلمَّا ثبت للأب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلأَن يثبت للمولىٰ نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولىٰ على المكاتب أوْلىٰ، ألا ترىٰ أنَّ المولىٰ لو أعتق المكاتبَ يصحُّ مع أنه لا عتقَ فيما لا يملكه ابن آدم، فعلم أنَّ الملك للمولىٰ عليه ثابتٌ.

قوله: لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ لِمَا نَذْكُرُهُ، وهو قوله: حيث اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه.

قوله: وَقِيمَةُ وَلَدِهَا، أي وعلى المولىٰ قيمة ولد جارية مكاتبه يوم وُلِد.

مَعْنَى المَغْرُورِ حَيْثُ إِنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ كَسْبُ كَسْبِهِ فَلَمْ يَرْضَ بِرِقِّهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيمَةِ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنْهُ (وَلَا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ (وَإِنْ كَذَّبَهُ المَكَاتِبُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ) ؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِهِ (فَلَوْ مَلَكَهُ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ) ؛ لِقِيَامِ المُوجِبِ وَزَوَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ إِذْ هُوَ المَانِعُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فَلَوْ مَلَكَهُ يَوْمًا، أي لو ملك المولىٰ يومًا ولد جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه إيَّاه، وذكر في المبسوط: وإذا ملك المولىٰ الجارية أي في صورة التصديق يومًا من الدهر صارت أمَّ ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يومًا ثبت نسبه منه لأنَّ حق الملك له في المحل كان مثبتًا للنسب منه عند صحَّة دعوته، إلَّا أنه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب إيَّاه بالتكذيب، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الإقرار بالاستيلاد، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الأَيْمَانِ

كتاب الأيمان

اليمين في اللغة عبارة عن القوَّة، قال الله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ﴾ [الحاقة: ٤٥] وقال الشماخ (١):

[من الوافر]

إذَا مَا رَايَةٌ رُفِعَتْ لِمَجْدٍ * تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِالْيَمِينِ

وفي الشريعة عبارة عن عقد قويٍّ به عزم الحالف على الفعل أو التَّرك، وسُمِّي هذا العقد بِها لأنَّ العزيمة تتقوى بِها، وأمَّا شرطها ففي الحالف كونه عاقلاً بالغًا، وفي الحلف كونه خبَرًا محتملاً للصدق والكذب عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى نفس الخبَر، وأمَّا حكمها فالبَرُّ حال بقاء اليمين إذا وجب تحقُّق البَرِّ، وقيِّد به لأنَّ من الأيمان ما لا يحب تحقق البَرِّ فيها، كما إذا حَلَف علىٰ معصية والكفارة عند فوات البَرِّ خلفًا عنه،

(١) أراد باليمين هاهُنا القُوَّة، والشَّاعِر هو الشماخ بن ضرَّار، شَاعِرٌ مَشْهُور من مخضرمي الجَاهِلِيَّة والإسلام، أسْلَمَ وَشهد القَادِسِيَّة وَتُوفِّي فِي غَزْوَة موقان فِي زمن الخَلِيفَة عُثْمَان بعد سنة (٣٠ هـ)، وكان سبب هذه القصيدة في عُرابة أنه قدم من سفرٍ، فجمعه والشمَّاخ ابن ضرار المرِّي الطريقَ فتحادثا، فقال له عرابة: ما الذي أقدمك المدينة؟ قال: قدمتها لأمتار منها، فملأ له عرابةٌ رواحله بُرًّا وتمرًا وأتحفه بغير ذلك، فقال الشماخ:

رَأَيْتُ عرابة الأوسيَّ يسمو * إِلَى الخيرَات مُنْقَطع القرين

إذَا مَا رَايَةٌ رُفِعَتْ لِمَجْدٍ * تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِالْيَمِينِ

قَالَ: (الأَيْمَانُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ) اليَمِينُ الغَمُوسُ وَيَمِينٌ مُنْعَقِدَةٌ، وَيَمِينُ لَغْوٍ، (فَالْغَمُوسُ هُوَ الحَلِفُ عَلَىٰ أَمْرٍ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فِيهِ،

وهي نوعان: يمينٌ بالله تعالىٰ أو صفته، ويمين بغيره تعالىٰ، فالأولىٰ مشروعة بالكتاب قال الله تعالى: ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧]، والسنة قال صلى الله عليه وسلم: «والله لأغزونَّ قريشًا»، والإجماع فالصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم ومن بعدهم يحلفون، وذكر في المبسوط أنَّ اليمين علىٰ نوعين: نوع يعرفه أهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمُّون ذلك قسمًا إلَّا أنَّهم لا يخصُّون ذلك بالله تعالىٰ، وفي الشرع هذا النوع من اليمين أي تعظيم المقسم به لا يكون إلَّا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجهٍ لا يجوز هتك حرمة اسمه بحالٍ، والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لِمَا فيها من معنى اليمين وهو المنع أو الإيجاب، ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك لأنه ليس فيه معنى التعظيم.

قَالَ رَضِيَ اللهُ تَعَالىٰ عَنْهُ: الأَيْمَانُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ، اليمين الغموس، وفي بعض النسخ: يمين الغموس على الإضافة، في المغرب: هو خطأ لغةً وسماعًا، وفيه: سميت غموسًا لأنَّها تغمس صاحبها في الإثم ثمَّ في النار، فالغموس هي الحلف على أمر ماضٍ، وذكر المضي ليس على الشرط فإنَّها تكون في الحال أيضًا نحو قوله: والله ما لهذا عليَّ دينٌ، وهو يعلم خلافه، وهي ليست بيمين على الحقيقة لأنَّ اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة، والكبيرة ضدُّ المشروع ولكن سمَّاه يمينًا مجازًا لأنَّ ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين، كما سمَّى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحرَّة بيعًا لأنَّ ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع، ثم لا تنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار، وعند الشافعي رحمه الله تعالى تنعقد موجبةً للكفارة، فمن أصله محل اليمين نفس الخبَر وشرط انعقادها القصد الصحيح، وعندنا محل اليمين

فَهٰذِهِ اليَمِينُ يَأْثَمُ فِيهَا صَاحِبُهَا) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ كَاذِبًا أَدْخَلَهُ اللهُ النَّارَ» (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوْبَةَ وَالِاسْتِغْفَارَ)

خبَر فيه رجاء الصدق لأنَّها تنعقد موجبةً للبَرِّ ثمَّ الكفارة خلف عنه عند فوات البَرِّ، فالخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلًّا لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله، وحجته قوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] فالله تعالى أثبت المؤاخذة في اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لأنَّها مقصودة بالقلب، ثمَّ فسَّر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩] معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد، ومنه سُمِّيت النية عقدة، فأوْجَب الكفارة موصولة باليمين بقوله: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ لأنَّ الفاء للوصل وقال في آخر الآية: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ والكفارة بنفس الحلف إنما تجب في الغموس، والمراد بقوله تعالى: ﴿وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ﴾ الامتناع من الحلف، وحجَّتنا فيه قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية، فقد بيَّن الله تعالىٰ جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة، فلو كانت الكفارة فيها واجبةً لكان الأولىٰ بيانُها، وقال عليه الصلاة والسلام: «خمسٌ من الكَبائرِ لا كفارةَ فيهنَّ» وذكر فيها اليمين الفاجرة، والمعنى فيه أنَّها غير معقودة لأنَّ عقد اليمين للحظر أو للإيجاب وذلك لا يتحقق في الماضي، والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمالٍ لخلوِّه عن موجب البيع وهو تمليك المال، ولأنَّ الغموس محظور محض فلا يصلح سببًا للكفارة كالزنا والردَّة.

وهذا لأنَّ المشروعات تنقسم ثلاثة أقسام: عبادة محضة وسببها مباح محض، وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض، وكفارات وهي تَتَردَّد بين العبادة والعقوبة، فمن حيث إنَّها لا تجب إلا جزاءً تشبه العقوبة، ومن حيث إنه يعني بِها ولا تتأدَّىٰ إلا بنية العبادة

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: فِيهَا الكَفَّارَةُ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِرَفْعِ ذَنْبٍ هَتَكَ حُرْمَةَ اسْمِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَقَدْ تَحَقَّقَ بِالِاسْتِشْهَادِ بِاللهِ كَاذِبًا فَأَشْبَهَ المَعْقُودَةَ، وَلَنَا أَنَّهَا كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ تَتَأَدَّىٰ بِالصَّوْمِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا تُنَاطُ بِهَا، بِخِلَافِ المَعْقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ مُتَعَلِّقٌ بِاخْتِيَارٍ مُبْتَدَإٍ، وَمَا فِي

وتتأدّىٰ بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة، فينبغي أن يكون سببها متَردِدًا بين الحظر والإباحة، وذلك المعقودة على أمر في المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح، وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببًا للكفارة، فأمَّا الغموس فمحظور محض لأنَّ الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى أَوْلىٰ فلا يصلح سببًا للكفارة، ثم الكفارة تجب خلفًا عن البَرِّ الواجب باليمين ولهذا لا يجب في المعقودة على أمر في المستقبل إلا بعد الحنث لأنَّ قبل الحنث ما هو الأصل قائم، وهذا إنما يتصور في خبَر فيه توهم الصدق أنه ينعقد موجبًا للأصل ثم الكفارة خلفًا، ومعنى قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ وحنثتم كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۚ﴾ [البقرة: ١٨٤] والمراد بقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتۡ قُلُوبُكُمۡۗ﴾ المؤاخذة بالوعيد في الآخرة.

قوله: وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ، أي لو كان في المعقودة ذنب وهو الحنث بِهتك حرمة الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين إذا وجد، وأمَّا الذنب في الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فمقارن فيمنعها عن الانعقاد فكانت اليمين في الغموس غير منعقدة، فلمَّا كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبُها في الغموس، ولأنَّه قارنَها ما يحملها ولو طرأ عليها رفعها فإذا قارنَها منع

الغَمُوسِ مُلَازِمٌ فَيَمْتَنِعُ الإِلْحَاقُ.

(وَالْمُنْعَقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَىٰ أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لَا يَفْعَلَهُ وَإِذَا حَنِثَ فِي ذٰلِكَ لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلٰكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩] وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا (وَالْيَمِينُ اللَّغْوُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَىٰ أَمْرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ فَهٰذِهِ اليَمِينُ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللهُ بِهِ صَاحِبَهَا) وَمِنَ اللَّغْوِ أَنْ يَقُولَ: وَاللهِ إِنَّهُ لَزَيْدٌ وَهُوَ يَظُنُّهُ زَيْدًا وَإِنَّمَا هُوَ عَمْرٌو، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي

انعقادها كالردَّة والرضاع في النكاح.

قوله: وَالْمُنْعَقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَىٰ أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لَا يَفْعَلَهُ، وهي في وجوب الحفظ أربعة أنواعٍ: نوعٌ منها ما يجب إتمام البَرِّ فيها وهو أن ينعقد علىٰ فعل طاعة أمر بِها أو امتناع من معصية وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادةً، ونوع منها لا يجوز حفظها وهو أن يحلف على ترك طاعة أو فعل معصيةٍ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف أن لا يطيع الله فليطعه، ومن حلف أن يعصي الله فلا يعصه»، ونوع يتخيَّر فيه بين الحنث والبَرِّ والحنث خير من البَرِّ فيندب فيه الحنث، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف على اليمين ورأىٰ غيرها خيرًا منها فليأت بالذي هو خيرٌ وليكفر عن يمينه» وأدنىٰ موجبات الأمر الندب، ونوع يستوي فيه فعل البَرِّ والحنث في الإباحة فيتخيَّر بينهما وحفظ اليمين أَوْلىٰ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ﴾ وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا أنَّ المراد به حفظ البَرِّ ومتىٰ حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة.

أَيْمَانِكُمْ وَلٰكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] الآيَةَ، إِلَّا أَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالرَّجَاءِ لِلْاِخْتِلَافِ فِي تَفْسِيرِهِ.

قَالَ: (وَالْقَاصِدُ فِي اليَمِينِ وَالْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ) حَتّٰى تَجِبُ الكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْيَمِينُ» وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُخَالِفُنَا فِي ذٰلِكَ،

قوله: إِلَّا أَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالرَّجَاءِ، جوابٌ عمَّا يُقال: نفي المؤاخذة باللغو منصوص عليه في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء؟ فأجاب بأنَّ صورة يمين اللغو مختلف فيها بين العلماء، وإنَّما علَّق بالرجاء نفي المؤاخذة باللغو في الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنصِّ قطعًا فجاز تعليقها بالرجاء.

قوله: لِلْاِخْتِلَافِ فِي تَفْسِيرِهِ، وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مرويٌّ عن زرارة ابن أبي أوْفىٰ وعن ابن عباس رضي الله عنهما في إحدى الروايتين، ورُوِيَ عن محمد رحمة الله تعالى عليه أنه قال: هو قول الرجل في كلامه: لا والله، وبلىٰ والله، وهو قريب من قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه، فإنَّ عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصدٍ في الماضي كان أو في المستقبل، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما، وروت عائشة رضي الله تعالىٰ عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تفسير اللغو لا والله، وبلىٰ والله، وتأويله عندنا فيما يكون خبَرًا عن الماضي فإنَّ اللغو ما يكون خاليًا عن الفائدة والخبَر في الماضي خالٍ عن فائدة اليمين على ما قرَّرنا فكان لغوًا، وأمَّا الخبَر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين، وقد وَرَد الشرع بأنَّ الهزل والجد في اليمين سواءٌ والناسي في اليمين أن يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفَّظ بلفظ اليمين ناسيًا بأن يقول لغيره: ألا تأتينا، فيقول: بلىٰ والله، غير قاصد لليمين، وفي بعض

وَسَنُبَيِّنُ فِي الإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَمَنْ فَعَلَ المَحْلُوفَ عَلَيْهِ مُكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا فَهُوَ سَوَاءٌ) ؛ لِأَنَّ الفِعْلَ الحَقِيقِيَّ لَا يَنْعَدِمُ بِالْإِكْرَاهِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مَغْمِيٌّ عَلَيْهِ أَوْ مَجْنُونٌ لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ حَقِيقَةً، وَلَوْ كَانَتِ الحِكْمَةُ رَفْعَ الذَّنْبِ فَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَىٰ دَلِيلِهِ وَهُوَ الحِنْثُ لَا عَلَىٰ حَقِيقَةِ الذَّنْبِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهو أن يريد أن يسبِّح فجرىٰ على لسانه اليمين.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الحِكْمَةُ رَفْعَ الذَّنْبِ، هذا جوابُ سؤالٍ وهو: أن يقال الكفارة شُرِعت لأجل ستْر الذنب ولا ذنبَ في المجنون إذا أتى المحلوف عليه فينبغي أن لا تجب الكفارة عليه فقال: الحكمة وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب، كوجوب الاستبْراء دائرٌ مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل، حتّىٰ إنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلاً بأن اشترىٰ جاريةً بكرًا أو اشتراها من امرأة، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا

قَالَ: (وَالْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَىٰ أَوْ بِاسْمٍ آخَرَ مِنْ أَسْمَاءِ اللهِ تَعَالَىٰ كَالرَّحْمٰنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلَالِهِ وَكِبْرِيَائِهِ) لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ، وَمَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ حَاصِلٌ؛

باب ما يكون يمينًا وما لا يكون يمينًا

قوله: وَالْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَىٰ، أي بِهذا الاسم أو باسم آخر من أسمائه كالرحمٰن والرحيم أو بصفة من صفاته، فالاسم هنا عبارة عن لفظ دلَّ على الذات مع صفة كالرحمٰن والرحيم والعالِم، والصفة عبارة عن المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالىٰ بأسماء أفاعليها وجميع أسماء الله تعالى في ذلك سواء، تعارفَ الناس الحلف به أو لم يتعارفوا، هذا هو الظاهر من مذهب أصحابنا، وهو الصحيح، لأنَّ الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام: «فمن كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر» والحلف بسائر أسمائه حلف بالله وما ثبت بالنصِّ أو بدلالته لا يراعىٰ فيه العرف، وقال بعض أصحابنا: كل اسم لا يُسمَّىٰ به غير الله كالرحمٰن فهو يمينٌ، وما يُسمَّىٰ به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر فإن أراد به يمينًا فهو يمينٌ وإن لم يرد به يمينًا لم يكن يمينًا.

قوله: مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلَالِهِ وَكِبْرِيَائِهِ، وقال العراقيون من مشايخنا: الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزَّة والجلالة والكبرياء يمين، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضاء ليس بيمين، وقالوا: صفة الذات ما لا يجوز أن يوصف بضدِّه، وصفة الفعل ما يجوز أن يوصف

لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُ تَعْظِيمَ اللهِ وَصِفَاتِهِ فَصَلُحَ ذِكْرُهُ حَامِلًا وَمَانِعًا.

قَالَ: (إِلَّا قَوْلَهُ وَعِلْمِ اللهِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ يَمِينًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ، وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعْلُومُ، يُقَالُ: اللّٰهُمَّ اغْفِرْ عِلْمَكَ فِينَا، أَيْ مَعْلُومَكَ (وَلَوْ قَالَ وَغَضَبِ اللهِ وَسَخَطِهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا) وَكَذَا وَرَحْمَةِ اللهِ؛ لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا غَيْرُ مُتَعَارَفٍ؛ وَلِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهُ، وَهُوَ المَطَرُ أَوِ الجَنَّةُ وَالْغَضَبُ وَالسَّخَطُ يُرَادُ بِهِمَا العُقُوبَةُ

بضده، فإنه يقال: يرضى بالإيمان ولا يرضى بالكفر، وقالوا: إنَّ ذكر صفات الذات كذكر الذات، وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات، والحلف بالله مشروع دون غير الله، قالوا: وهذا الطريق غير مرضى عندنا لأنَّهم يقصدون بهذا الطريق الإشارة إلىٰ مذهبهم أنَّ صفات الله تعالى غير الذات، والمذهب عندنا أنَّ صفات الله تعالىٰ لا هو ولا غيره، وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل، والأصحُّ هو اختيار مشايخ ما وراء النهر أن الأيمان مبنية على العرف والعادة، ولهذا قال محمد رحمة الله تعالى عليه: وأمانة الله أنه يمين، ثم لمَّا سُئِل عن معناه قال: لا أدري، فكأنه وجد العرب يحلفون بأمانة الله تعالىٰ عادةً فجعلها يمينًا، وقيل في معناه: أنه تتعذَّر الإشارة إلىٰ شيء بعينه على الخصوص أنه أمانة، والحلف به متعارف فعلمنا أنَّهم يريدون به الصفة فكأنه قال: والله الأمين، وحكى الطحاوي عن أصحابنا أنه ليس بيمين لأنه عبارة عن الطاعات.

قوله: وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعْلُومُ، فإن قيل: يقال انظروا إلى قدرة الله والمراد المقدور ثمَّ قوله وقدرة الله يمين، قلنا: هذا متعارفٌ، أو على حذف المضاف أي: إلىٰ أثر قدرة الله تعالىٰ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ» (وَكَذَا إِذَا حَلَفَ بِالْقُرْآنِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ: وَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ، أَمَّا لَوْ قَالَ: أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُمَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ التَّبَرِّي مِنْهُمَا كُفْرٌ.

قَالَ: (وَالْحَلِفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ، وَحُرُوفُ الْقَسَمِ الْوَاوُ كَقَوْلِهِ وَاللهِ وَالْبَاءُ كَقَوْلِهِ بِاللهِ وَالتَّاءُ كَقَوْلِهِ تَاللهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَٰلِكَ مَعْهُودٌ فِي الْأَيْمَانِ

قوله: وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا، فإن قيل: قد أقسم الله تعالىٰ بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى: ﴿وَالضُّحَىٰ﴾ [الضحى: ١] ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ﴾ [الليل: ١] فكان ينبغي أن يكون القسم بغير الله مشروعًا؟ قلنا: في القسم تعظيم المقسم به وقد نَهى العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب عليه الانتهاء، وأمَّا الله تعالى فله أن يثبت الحرمة لِمَا شاءَ أيِّ وقت شاءَ وليس للعبد ذلك، وفي النهاية: وما اعتاد الناس من الحلف بالفارسية «بجان وسر تو» إن اعتقدوا أنه حلف واعتقدوا أنَّ البَرَّ به واجب يكفر، كذا في محاسن الشرائع، وذكر في تتمَّة الفتاوىٰ: قال علي الرازي رحمه الله تعالى: أخاف على من قال بحياتِي وحياتك وما أشبه ذلك أنه يكفر، ولولا أنَّ العامة يقولون ولا يعلمون لقلتُ أنه شركٌ لأنه لا يمين إلَّا بالله، وإنَّما جعل الله اليمين بالله لِيَرْعَوِيَ الرجل أي ليمتنع إذا ذكر الله فلا يحلف هو، وإذا حلف بغير الله تعالى فكأنه أَشْرَكَ معه، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: لَأَن أحْلِف بالله كاذبًا أحبُّ إليَّ من أن أحْلِفُ بغير الله صادقًا.

قوله: لِأَنَّ التَّبَرِّي مِنْهُمَا كُفْرٌ، وتعليق الكفر بالشرط يمينٌ، كما إذا قال: إن فعلتُ كذا فأنا يهوديٌّ.

وَمَذْكُورٌ فِي القُرْآنِ (وَقَدْ يُضْمِرُ الحَرْفَ فَيَكُونُ حَالِفًا كَقَوْلِهِ اللهِ لَا أَفْعَلُ كَذَا) لِأَنَّ حَذْفَ الحَرْفِ مِنْ عَادَةِ العَرَبِ إِيجَازًا، ثُمَّ قِيلَ يُنْصَبُ لِانْتِزَاعِ الحَرْفِ الخَافِضِ، وَقِيلَ يُخْفَضُ فَتَكُونُ الكَسْرَةُ دَالَّةً عَلَى المَحْذُوفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلَّهِ فِي المُخْتَارِ لِأَنَّ البَاءَ تُبَدَّلُ بِهَا، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿آمَنتُمْ لَهُ﴾ [طه: ٧١] أَيْ آمَنْتُمْ بِهِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِذَا قَالَ وَحَقِّ اللهِ فَلَيْسَ بِحَالِفٍ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -، وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَىٰ أَنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّ الحَقَّ مِنْ صِفَاتِ اللهِ تَعَالَىٰ وَهُوَ حَقِيَّتُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ وَاللهِ الحَقِّ وَالْحَلِفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ، وَلَهُمَا أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللهِ تَعَالَىٰ، إِذِ الطَّاعَاتُ حُقُوقُهُ فَيَكُونُ حَلِفًا بِغَيْرِ اللهِ، قَالُوا: وَلَوْ قَالَ:

قوله: وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَىٰ، أي عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ رواية أخرىٰ أنه يكون يمينًا.

قوله: لِأَنَّ الحَقَّ مِنْ صِفَاتِ اللهِ تَعَالَىٰ، أي من أسمائه الدالة على صفة الحقية فتكون الإضافة للبيان، كما تضاف الصفة إلى الموصوف في قولهم: جرد قطيفة، وخابية خبزٍ، فكأنَّه قال: والله الحقِّ.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللهِ تَعَالَىٰ، أي الحقُّ إذا أضيف إلى الله تعالىٰ يُراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلاة والسلام: ما حقُّ الله علىٰ عباده؟ فقال: «أن لا يشركوا به شيئًا ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة» والحلف بالطاعات لا يكون يمينًا لأنه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال: والحقِّ، لأنَّه من أسماء الله تعالىٰ.

وَالْحَقِّ يَكُونُ يَمِينًا، وَلَوْ قَالَ: حَقًّا لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ الحَقَّ مِنْ أَسْمَاءِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَالْمُنكَّرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الوَعْدِ.

(وَلَوْ قَالَ أُقْسِمُ أَوْ أُقْسِمُ بِاللهِ أَوْ أَحْلِفُ أَوْ أَحْلِفُ بِاللهِ أَوْ أَشْهَدُ أَوْ أَشْهَدُ بِاللهِ فَهُوَ حَالِفٌ) ؛ لِأَنَّ هٰذِهِ الأَلْفَاظَ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الحَلِفِ وَهٰذِهِ الصِّيغَةُ لِلْحَالِ حَقِيقَةً وَتُسْتَعْمَلُ لِلِاسْتِقْبَالِ بِقَرِينَةٍ فَجُعِلَ حَالِفًا فِي الحَالِ، وَالشَّهَادَةُ يَمِينٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ﴾ [المنافقون: ١] ثُمَّ قَالَ ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المجادلة: ١٦] وَالْحَلِفُ بِاللهِ هُوَ المَعْهُودُ المَشْرُوعُ وَبِغَيْرِهِ مَحْظُورٌ فَصُرِفَ إِلَيْهِ، وَلِهٰذَا قِيلَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ، وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْهَا لِاحْتِمَالِ العِدَةِ وَالْيَمِينِ بِغَيْرِ اللهِ.

قوله: وَلَوْ قَالَ حَقًّا لَا يَكُونُ يَمِينًا، لأنَّ المنكر يُراد به تحقيق الوعد، أي يكون لتأكيد مضمون الجملة، ومعناه: أفعل هذا لا محالةَ كما في قولهم: هذا عند الله حقًّا، فلا يكون يمينًا.

قوله: وَلَوْ قَالَ أُقْسِمُ أَوْ أُقْسِمُ بِاللهِ أَوْ أَحْلِفُ أَوْ أَحْلِفُ بِاللهِ أَوْ أَشْهَدُ أَوْ أَشْهَدُ بِاللهِ فَهُوَ حَالِفٌ، أي إذا ذكر المقسم عليه، كما إذا قال: أقسم لَأفعلنَّ كذا، أو لا أفعل كذا، لأنَّ الحلف بالله هو المشروع فصَرف إليه، ولهذا قيل: لا يحتاج إلى النية، وقيل: لا بُدَّ منها لاحتمال العدَّة.

قوله: وَالْيَمِينِ، بالكسر عطفًا على العدَّة، أي لأنه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالىٰ.

(وَلَوْ قَالَ بِالْفَارِسِيَّةِ «سُوگَنْد مِيخُورِمْ بَخُدَایْ» يَكُونُ يَمِينًا) ؛ لِأَنَّهُ لِلْحَالِ، وَلَوْ قَالَ «سُوگَنْد خُورِمْ» قِيلَ لَا يَكُونُ يَمِينًا وَلَوْ قَالَ بِالْفَارِسِيَّةِ «سُوگَنْد خُورِمْ بِطَلَاقِ زَنِمْ» لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ.

قَالَ: (وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللهِ وَأَيْمُ اللهِ) لِأَنَّ عَمْرَ اللهِ بَقَاءُ اللهِ، وَأَيْمُ اللهِ مَعْنَاهُ أَيْمَنُ اللهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ وَاللهُ وَأَيْمُ صِلَةٌ كَالْوَاوِ،

قوله: وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللهِ، العمر بالضم والفتح البقاء إلا أنَّ الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكأنه قال: والله الباقي وهو معطوف على قوله: ولو قال أقسم وأيم الله، معناه: أيمنُ الله وهو جمع يمينٍ فخففت الهمزة وحذفت النون للقسم، وهذا مذهب نحوي الكوفة، وقيل معناه والله وأيم صلة وهو قول البصريين، وذهب سيبويه إلى أنَّها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الأول فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت في ابن وأشباهه، فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم، وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لأنَّ العهد يمين إذا الحالف بالله عاهد الله أن يفعل ذلك الشيء أو لا يفعله، يدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ ثمَّ قال: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١] والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة، ولهذا يسمى المعاهد ذميًّا، وكذا إذا قال: عليَّ نذر أو نذر الله.

وفي النهاية: اعلم أنَّ ههنا أربع مسائل: الأولىٰ: أن ينذر نذرًا مطلقًا بأن يقول لله عليَّ نذر أو نذر الله فحسب فعليه كفارة يمين، وهذا التزامٌ لكفارة اليمين ابتداءً بهذه العبارة، قال عليه الصلاة والسلام: «من نذر نذرًا ولم يسمِّ فعليه كفارة اليمين»، والثانية: أن يقول: لله تعالى عليَّ صوم يوم الجمعة، أو قال: عليَّ نذر صوم يوم الجمعة، فعليه الوفاء به، والثالثة: إذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بما سَمَّىٰ، والرابعة: أن يقول: عليَّ نذر

وَالْحَلِفُ بِاللَّفْظَيْنِ مُتَعَارَفٌ (وَكَذَا قَوْلُهُ وَعَهْدُ اللهِ وَمِيثَاقُهُ) لِأَنَّ العَهْدَ يَمِينٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ [النحل: ٩١] وَالْمِيثَاقُ عِبَارَةٌ عَنِ العَهْدِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذْرُ اللهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ».

(وَإِنْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ تَكُونُ يَمِينًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الكُفْرِ فَقَدِ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الِامْتِنَاعِ، وَقَدْ أَمْكَنَ القَوْلُ بِوُجُوبِهِ لِغَيْرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الحَلَالِ، وَلَوْ

أن لا أفعل كذا، أو عليَّ نذر الله أن لا أفعل كذا، فهذا ينعقد يمينًا وموجبه موجب اليمين، كذا ذكره الإمام بدر الدين الكردري رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: وَإِنْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ تَكُونُ يَمِينًا، وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يكون يمينًا لأنه علق الفعل بما هو معصية، فصار كما لو قال: إن فعلتُ كذا فأنا زانٍ ونحوه، ولنا ما رُوِيَ عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أنه قال: من حَلَفَ بالتهوُّد والتنصُّر فهو يمين، ولأنه لمَّا جعل ذلك الفعل علمًا على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لأنَّ الكفر واجب الامتناع فكذا ما هو علَمٌ له، وقد أمكن القول بوجوب الامتناع لغيره بجعله يمينًا كما في تحريم الحلال، أمَّا التشبه بتحريم الحلال فإنه لمَّا علق الكفر بالدخول مثلاً فقد حرَّم الدخول من حيث جعله علمًا على الكفر لأنه جعل الدخول شرطًا للكفر وشرط الكفر حرام حقًّا لله تعالىٰ خالصًا لا يحلُّ بحالٍ فصار بمعنى تحريم اليمين كنايةً عنه كتحريم الحلال، فكان قوله: جعلته شرطًا للكفر، وقوله: حرمته واحدًا، ولأنَّ أعلام الكفر حرام كشدِّ الزنار ولبس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علمًا فصار حرامًا، فكان قصدُهُ إلىٰ جعله علمًا وإن لم يجعل، كتحريمه بلفظه وإن كان لا يحرم،

قَالَ ذٰلِكَ لِشَيْءٍ عَقَدَ فِعْلَهُ فَهُوَ الغَمُوسُ، وَلَا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْتَقْبَلِ، وَقِيلَ يَكْفُرُ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ مَعْنًى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ فِيهِمَا إِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالْحَلِفِ يَكْفُرُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْكُفْرِ حَيْثُ أَقْدَمَ عَلَى الفِعْلِ.

(وَلَوْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ أَوْ سَخَطُ اللهِ فَلَيْسَ بِحَلِفٍ) لِأَنَّهُ دُعَاءٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذٰلِكَ بِالشَّرْطِ؛ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَكَذَا إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَوْ سَارِقٌ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ آكِلُ رِبًا) ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ فَلَمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ الِاسْمِ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ.

ثمَّ التحريم يمين فكذلك جعله علمًا على الكفر، بخلاف قوله أنا زانٍ ونحوه لأنَّ حرمة الكفر لا يحتمل السقوط والنسخ كحرمة هتك الاسم وحرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظير هتك حرمة الاسم فلم يكن يمينًا، وهذا إذا كان في المستقبل فأما إذا كان في الماضي بشيء قد فعله فهو الغموس، ولا يكفر في المرويِّ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى اعتبارًا للماضي بالمستقبل، وهذا لأنه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه، وقال محمد ابن مقاتل: يكفر لأنه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشيءٍ كائنٍ تنجيزٌ فكأنه قال هو كافر، والأصح أنه إن كان الرجل عالمًا يعرف أنه يمين لا يكفر به في الماضي والمستقبل، وإن كان جاهلاً وعنده أنه يكفر يكفر به في الماضي والمستقبل لأنه إذا قدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر به فقد رضي بالكفر، والله تعالى أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي الكَفَّارَةِ

قَالَ: (كَفَّارَةُ اليَمِينِ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزِي فِيهَا مَا يُجْزِي فِي الظِّهَارِ وَإِنْ شَاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كُلَّ وَاحِدٍ ثَوْبًا فَمَا زَادَ، وَأَدْنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كَالْإِطْعَامِ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ) وَالْأَصْلُ

فصل في الكَفَّارة

قوله: كَفَّارَةُ اليَمِينِ عِتْقُ رَقَبَةٍ، أي إعتاق رقبة.

قوله: وَأَدْنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ، وهو كالسراويل وهو مروي عن محمد رحمه الله تعالى، وفي رواية أخرى عنه أنه قال: إن أعطى الرجل يجوز وإن أعطى المرأة لا يجوز، لأنه إذا أعطى الرجل سراويل فقد أعطاه ما يستُر به عورته، وإذا أعطاه المرأة لم يعطها ما يستُر به عورتَها، كذا في الذخيرة، لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام، فإنه لو أعطىٰ كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لأنَّ الإكساء به لا يحصل، ولكنه يجزيه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطةٍ، وكذا لو أعطىٰ عشرة مساكين ثوبًا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لأنَّه لا يكتسىٰ به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام باعتبار القيمة، نوىٰ أو لم ينو، ورُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا لم ينو لا يجزيه عن الطعام، وقال زُفر رحمه الله تعالى لا يجزيه وإن نوىٰ لأنه منصوصٌ عليه فلا يصحُّ بدلاً، كما لو أدَّىٰ نصف صاع من تمر لا يجعل بدلاً عن الحنطة لأنَّ البدل بمنزلة البيع، وما يكون أصلاً لا يكون تبعًا في ذلك الباب، وقلنا التَّمر لا يصلح بدلاً عن الحنطة لكونه

فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الْآيَةَ، وَكَلِمَةُ أَوْ لِلتَّخَيُّرِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَحَدَ الأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ أَحَدِ الأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُخَيَّرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلَنَا قِرَاءَةُ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ - فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَهِيَ

أصلاً ولكونِهما شيئًا واحدًا من حيث المعنى لأنَّ المقصود منهما واحد وهو ردُّ الجوع ويصلح بدلاً من حيث إنَّهما جنسان فكان المانع شيئين فترجح المانع، وفي الكسوة مع الطعام يرجح الموجب للجواز لاختلاف الجنسين واختلافهما في المقصود إذ المطلوب من الكسوة في الكفارة ردُّ العرىٰ والمطلوب من الطعام ردُّ الجوع، وقوله: ما صار أصلاً في باب لا يجعل تبعًا فيه قلنا لم يجعل الكسوة بدلاً عن الكسوة حتى يصير بدلاً فيما صار أصلاً وإنَّما جعلناه بدلاً عن الطعام.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ أَحَدِ الأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يُخَيَّرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، ولا يلزم أنَّ المطلق يحمل على المقيد عنده وإن وردا في حادثتين، كما في رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لأنه إنَّما يصار إليه إذا كان المقيد نوعًا واحدًا، أمَّا إذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض، وههنا كذلك لأنَّ صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق، ولنا قراءة ابن مسعودرضي الله عنهما «فصيام ثلاثة أيَّام متتابعات» وإنَّما يقرأ سماعًا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة عن النبي عليه الصلاة والسلام فصحت الزيادة والتقييد بِها كما في صدقة الفطر، وإنَّما لم يحمل المطلق وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «أَدُّوا عن كلِّ حُرٍّ وعبدٍ» على المقيد وهو قوله عليه الصلاة

كَالْخَبَرِ الْمَشْهُورِ، ثُمَّ الْمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ أَدْنَى الكِسْوَةِ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّ أَدْنَاهُ مَا يَسْتُرُ عَامَّةَ بَدَنِهِ حَتَّىٰ لَا يَجُوزَ السَّرَاوِيلَ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ لَابِسَهُ يُسَمَّىٰ عُرْيَانًا فِي العُرْفِ، لٰكِنَّ مَا لَا يُجْزِيهِ عَنِ الكِسْوَةِ يُجْزِيه عَنِ الطَّعَامِ بِاعْتِبَارِ القِيمَةِ (وَإِنْ قَدَّمَ الكَفَّارَةَ عَلَى الحِنْثِ لَمْ يُجْزِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اليَمِينُ فَأَشْبَهَ

والسلام: «أدُّوا عن كل حرٍّ وعبد من المسلمين» لأنَّهما وردا هنا في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين في وجوده، فإذا ثبت تقييده بالتَّتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقًا ضرورةً، وثمَّة وردا في السبب ولا منافاة بين السببين فالمقيد في أحد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الإطلاق في الآخر، وإنَّما لم يجز صوم المتعة قبل أيَّام النحر لأنه لم يشرع لا لأنَّ التفريق واجب، وهذا بخلاف قضاء رمضان لأنَّ قراءة أبيٍّ لم تشتهر والزيادة بخبر الواحد لا تجوز، ثم اعتبار الفقر والغنى عند إرادة التكفير عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى عند الحنث، حتى لو حنث وهو موسر ثمَّ أعسر جاز الصوم وبعكسه لا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى على القلب وقاسها على الحد إذا المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرقِّ، ولنا أنَّ الصوم شرع خلفًا عن التكفير بالمال، كالتيمم خلف عن الوضوء، ألا ترىٰ أنه قال هنا: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ﴾ [المائدة: ٨٩] وقال ثمَّه: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا﴾ [المائدة: ٦] ثم المعتبَر ثمَّة وقت الأداء لا وقت الوجوب، كذا هنا، وحد العبيد ليس ببدلٍ عن حدِّ الأحرار.

قوله: لِأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعْدَ السَّبَبِ، وهذا لأنَّ سبب وجوب الكفارة اليمين لأنَّها تضاف إلى اليمين فيقال كفارة اليمين، والواجبات تضاف إلىٰ أسبابها ولايلزم تعجيل البدني

التَّكْفِيرَ بَعْدَ الجَرْحِ، وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ لِسَتْرِ الجِنَايَةِ وَلَا جِنَايَةَ هَاهُنَا، وَلَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِأَنَّهُ مَانِعٌ غَيْرُ مُفْضٍ، بِخِلَافِ الجَرْحِ لِأَنَّهُ مُفْضٍ (ثُمَّ لَا يَسْتَرِدُّ مِنَ المِسْكِينِ) لِوُقُوعِهِ صَدَقَةً.

لأنَّ الواجب حاصلٌ بالسبب على أصله ووجوب الأداء متَراخ عنه إلى الشرط، والمالي يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب الأداء لأنَّ الواجب قبل الأداء مال معلوم والبدنِي لا يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب أدائه لأنَّ الواجب فعل فلمَّا تأخر وجوب الأداء لم يبق الوجوب لتأخُّر تفرُّد السبب، ولنا أنَّ الكفارة لستر الجناية وقبل الحنث لا جناية فلا تصحُّ الكفارة لاستحالة الستر عن الجناية قبل الجناية، وهذا لأنَّ عقد اليمين ليس بذنب إجماعًا فإنه أمر مشروع لأنه في عقد اليمين معظِّم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصف بالذنب، وأمَّا الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث، كالطهارة قبل الحدث، واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لأنَّ أدنى درجات السبب أن يكون مفضيًا إلى الحكم طريقًا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فأنَّىٰ تكون موجبةً لما يجب بعد الحنث، بخلاف الجرح لأنه طريقٌ مفض إلىٰ زهوق الروح وإضافة الكفارة إلى اليمين لأنَّها تجب بعد اليمين، كما تضاف الكفارة إلى الصوم والإحرام بِهذا الطريق، إلَّا أن يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونِهما مانعين عمَّا تجب به الكفارة وهو إرتكاب المحظور، فإن قيل: تعليلكم مردودٌ لأنه مخالفٌ للنصِّ والخبر، وهذا لأنه تعالىٰ قال: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ والفاء للوصل والتعقيب فتقتضي جواز التكفير بعد اليمين متصلاً بِها، وقال: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة: ٨٩] رتبها على الحلف لا على الحنث، وقال عليه الصلاة والسلام: «من حلف علىٰ يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليكفر عن يمينه وليأت بالذي هو خيرٌ» وهذا نصٌّ في الباب، قلنا: الحنث مضمر في النصِّ بدلالة ما قلنا كالفطر في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوۡ

قَالَ (وَمَنْ حَلَفَ عَلَىٰ مَعْصِيَةٍ مِثْلَ أَنْ لَا يُصَلِّيَ أَوْ لَا يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلَانًا يَنْبَغِي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ وَرَأَىٰ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ» وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَاهُ تَفْوِيتُ البِرِّ إِلَىٰ جَابِرٍ وَهُوَ الكَفَّارَةُ وَلَا جَابِرَ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ.

(وَإِذَا حَلَفَ الكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِتَعْظِيمِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَمَعَ الكُفْرِ

عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] والرواية المشهورة: «فليأتِ بالذي هو خير ثم ليكفِّر عن يمينه» فيجب حمل الأوَّل على الثاني بطريق التقديم والتأخير لأن «ثُمَّ» تجيء بمعنى الواو، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ [البلد: ١٧] ﴿ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ﴾ [يونس: ٤٦] وهذا لأنَّ الوجوب والتكفير يجب بعد الحنث لا قبله، ولأنَّ قوله: فليكفر، أمر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير إلَّا بعد الحنث لأنَّ قبله يجوز بالمال عنده دون الصَّوم.

قوله: أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلَانًا، يريدُ به إذا وقَّت القتل حتَّىٰ يتصور الحنث من الحالف.

قوله: فِي ضِدِّهِ، أي في ضدِّ ما قلنا من الحنث، وقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف علىٰ يمين» أي علىٰ محلوف عليه وهو الفعل أو تركه، واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو: والله، ومن مقسم عليه وهو ليقتلنَّ فلانًا مثلاً، فذكر ههنا الكل وأراد البعض، أو أراد باليمين محله وهو القتل وغيره، فكان من قبيل إطلاق اسم الحال على المحلِّ.

لَا يَكُونُ مُعَظِّمًا وَلَا هُوَ أَهْلُ الكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ.

(وَمَنْ حَرَّمَ عَلَىٰ نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَعَلَيْهِ إِنِ اسْتَبَاحَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الحَلَالِ قَلْبُ المَشْرُوعِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ اليَمِينُ، وَلَنَا أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنْ إِثْبَاتِ الحُرْمَةِ، وَقَدْ أَمْكَنَ إِعْمَالُهُ

قوله: وَمَنْ حَرَّمَ عَلَىٰ نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ - بأن قال: حرمت عليَّ ثوبي هذا أو طعامي هذا - لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا، عليه، أي بعينه.

قوله: وَعَلَيْهِ إِنِ اسْتَبَاحَهُ، أي أقدم عليه بأن لبس ذلك الثوب أو أكل ذلك الطعام، كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا كفَّارة عليه إلَّا في النساء والجواري لأنَّ تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقدٌ مشروعٌ فلا ينعقد بلفظٍ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل الحرام، ولأنَّ تحريم الحلال ليس إلى العبد لأنَّ المُحَرِّم والمُحَلِّل هو الله تعالىٰ فيلغو، ولنا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] إلىٰ قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢]، ثم قيل: إنَّ النبي عليه الصلاة والسلام حرَّم العسل على نفسه، وقيل حرَّم مارية، والتمسك على الأول ظاهر، وكذا على الثاني لأنَّ العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولأنَّ التحريم المضاف إلى الجواري لمَّا ثبت يمينًا بهذه الآيات فكذا التحريم المضاف إلى سائر المباحات دلالةً، ولأنَّ حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازًا، وهذا لأنَّ لفظه يقتضي ثبوت الحرمة ولم يمكن إثبات الحرمة لعينه لأنه ليس إليه تحريم عينه لِمَا ذكر فتثبت الحرمة لغيره، كما هو موجب اليمين إذا حلف أن لا يدخل هذه الدار حرم الدخول من حيث إنه حنث، وإن كان الدخول مباحًا في نفسه فإذا قال: حلال الله عليَّ حرام

بِثُبُوتِ الحُرْمَةِ لِغَيْرِهِ بِإِثْبَاتِ مُوجِبِ اليَمِينِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، ثُمَّ إِذَا فَعَلَ مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا حَنِثَ وَوَجَبَتِ الكَفَّارَةُ وَهُوَ المَعْنَىٰ مِنَ الِاسْتِبَاحَةِ الْمَذْكُورَةِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِذَا ثَبَتَ تَنَاوَلَ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهُ.

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذٰلِكَ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ كَمَا فَرَغَ لِأَنَّهُ بَاشَرَ فِعْلًا مُبَاحًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَنَحْوُهُ، هٰذَا قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ البِرُّ لَا يَتَحَصَّلُ مَعَ اعْتِبَارِ العُمُومِ، وَإِذَا سَقَطَ اعْتِبَارُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ لِلْعُرْفِ فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَتَنَاوَلُ عَادَةً، وَلَا يَتَنَاوَلُ المَرْأَةَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ العُمُومِ، وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إِيلَاءً وَلَا تُصْرَفُ اليَمِينُ عَنِ المَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ، وَهٰذَا كُلُّهُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَمَشَايِخُنَا قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ، وَكَذَا يَنْبَغِي فِي قَوْلِهِ «حَلَال بَرْ وَىْ حَرَامْ» لِلْعُرْفِ.

لم يكن إثبات الحرمة لعينه فصار كنايةً عن قدر ما جعل إليه من التحريم كيلا يلغو كلامه.

قوله: وَكَذَا يَنْبَغِي فِي قَوْلِهِ «حَلَال بَرْ وَىْ حَرَامْ» لِلْعُرْفِ، وفي فتاوى الشيخ الإمام النجم الدين النسفي رحمة الله تعالى عليه: حلال المسلمين عليَّ حرامٌ، ينصرف إلى الطلاق بلا نية بالعرف، وكذا في قوله: «هر چه بدست راست گيرم بر من حرام»، ولو قال: «بدست چپ گيرم» لا يكون طلاقًا، لعدم العرف، ولو قال: «بدست گيرم» كان طلاقًا، كذا في التّتمة.

وَاخْتَلَفُوا فِي قَوْلِهِ: «هَرْچِه بَرْ دَسْتِ رَاسْتِ گِيرَمْ بَرْوَىْ حَرَامْ) أَنَّهُ هَلْ تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ؟ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُجْعَلُ طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِلْعُرْفِ.

(وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّىٰ فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّىٰ».

(وَإِنْ عَلَّقَ النَّذْرَ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وَلِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ وَقَالَ: إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمُ سَنَةٍ أَوْ صَدَقَةُ مَا أَمْلِكُهُ أَجْزَأَهُ مِنْ ذٰلِكَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَيَخْرُجُ عَنِ العُهْدَةِ بِالْوَفَاءِ بِمَا سَمَّىٰ أَيْضًا، وَهٰذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ المَنْعُ وَهُوَ بِظَاهِرِهِ نَذْرٌ فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَىٰ أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْلِهِ إِنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي لِانْعِدَامِ مَعْنَى اليَمِينِ فِيهِ وَهٰذَا التَّفْصِيلُ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ

قوله: وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا، أي منجّزًا غير معلّق بأن قال: لله عليَّ صوم شهرٍ.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ،

شَاءَ اللهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ» إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلَا رُجُوعَ فِي اليَمِينِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

لِمَا رُوِيَ عن العبادلة الثلاثة رضي الله تعالى عنهم أجمعين موقوفًا ومرفوعًا: من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد استثنىٰ، ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفَّارة، وقوله في الكتاب: فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ، أي لم ينعقد يمينه.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ، لأنه بعد الانفصال رجوع ولا يصحُّ الرجوع في الأيمان، وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه يجوز الاستثناء المنفصل إلى ستة أشهر، لقوله تعالى: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] أي إذا نسيت الاستثناء موصولاً فاستثن مفصولاً، ورُوِيَ أنَّ محمد بن إسحاق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان عنده يقرأ المغازي وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان حاضرًا، فأراد أن يغري الخليفة عليه فقال: إنَّ هذا الشيخ يخالف جدَّك في الاستثناء المنفصل، فقال: أَبَلَغَ من قدرك أن تخالف جدِّي؟ فقال: إنَّ هذا يريد أن يفسد عليك ملكك، لأنه إذا جاز الاستثناء المنفصل فيبارك الله لك في عهودك إذن، فإنَّ الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحنثون، فقال: نِعْمَ ما قلتَ، وغضب على محمد ابن إسحاق وأخرجه من عنده، وفي تصحيح الاستثناء المنفصل إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة عن أن تكون ملزمةً، ولا يحتاج حينئذٍ إلى المحلِّل لأنَّ المطلِّقَ يستثني إذا ندم، وقوله تعالى: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ معناه إذا لم تذكر إن شاء الله في أول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولاً بكلامك، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ اليَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكْنَىٰ

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ الكَعْبَةَ أَوِ المَسْجِدَ أَوِ البِيعَةَ أَوِ الكَنِيسَةَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ البَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ وَهٰذِهِ البِقَاعُ مَا بُنِيَتْ لَهَا (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزًا أَوْ ظُلَّةَ بَابِ الدَّارِ) لِمَا ذَكَرْنَا، وَالظُّلَّةُ مَا تَكُونُ عَلَى السِّكَّةِ،

باب اليمين في الدخول والسكنى

الأصل أنَّ الألفاظ المستعملة في الأيمان مبنية على العرف عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى على الحقيقة لأنَّ الحقيقة حقيق بأن تراد، وعند مالك رحمه الله تعالى على معانِي كلام القرآن لأنه على أصحِّ اللغات وأفصحها، ولنا أنَّ غرض الحالف ما هو المتعارف فينعقد بغرضه، ألا ترىٰ أنَّ من حلف لا يستضيء بالسراج، أو لا يجلس على البساط، فاستضاء بالشمس أو جلس على الأرض لا يحنث، وإن سَمَّىٰ في القرآن الشمس سراجًا والأرض بساطًا.

قوله: وَالظُّلَّةُ مَا تَكُونُ عَلَى السِّكَّةِ، وفي المغرب: وقول الفقهاء ظلَّة الدار يريدون بِها السدة التي فوق الباب، وعن صاحب الحصر: هي التي أحد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل، وذكر في الذخيرة: ولو دخل ظلَّة باب ذكر في الكتاب أنه لا يحنث، وأراد بالظُّلة الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناءٌ لأنه لا يطلق عليه اسم البيت لأنه لا يُبات فيه، وكذلك إذا كان فوقه بناء إلا أنَّ مفتحه إلى الطريق لا يحنث إذا كان عقد يمينه علىٰ بيت شخص بعينه لأنه ليس من جملة بيته.

وَقِيلَ إِذَا كَانَ الدِّهْلِيزُ بِحَيْثُ لَوْ أُغْلِقَ البَابُ يَبْقَىٰ دَاخِلًا وَهُوَ مُسْقَفٌ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ عَادَةً (وَإِنْ دَخَلَ صُفَّةً حَنِثَ) لِأَنَّهَا تُبْنَىٰ لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الأَوْقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتْوِيِّ وَالصَّيْفِيِّ، وَقِيلَ هٰذَا إِذَا كَانَتِ الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطَ أَرْبَعَةٍ، وَهٰكَذَا كَانَتْ صِفَافُهُمْ، وَقِيلَ الجَوَابُ مُجْرًى عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذِهِ الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنِثَ) لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرْصَةِ عِنْدَ العَرَبِ وَالْعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ، وَدَارٌ

قوله: وَهٰكَذَا كَانَتْ صِفَافُهُمْ، وَقِيلَ الجَوَابُ مُجْرًى عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وفي المبسوط: من أصحابنا من يقول هذا الجواب أي الجواب بالحنث بناء على عرف أهل الكو فة لأنَّ الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونَها صيفًا، ومثلها في ديارنا تسمى «كاشانه»، وأمَّا الصفة ففي عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل يُنفى عنه فيقال: هذه صفة وليس ببيت ولا يحنث، والأصحُّ عندي أنَّ مراده حقيقةً ما يسميه الصفة، ووجهه أنَّ البيت اسم لمبنى مسقَّف مدخله من جانب واحد وهو مبنًى للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة، إلَّا أنَّ مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة، فكان اسم البيت متناولاً لها فيحنث بسكناها، إلَّا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذٍ يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ لأنه خصَّ العام بنيته.

قوله: لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرْصَةِ، أي بعد البناء بقى البناء أو لم يبق، فأمَّا العرصة قبل البناء لا تسمَّىٰ دارًا، ألا ترىٰ أنَّ المفاوز والمزارع لا تسمى دارًا.

غَامِرَةٌ وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ العَرَبِ بِذٰلِكَ وَالْبِنَاءُ وَصْفٌ فِيهَا غَيْرَ أَنَّ الْوَصْفَ فِي الحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيَتْ أُخْرَىٰ فَدَخَلَهَا يَحْنَثُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الِانْهِدَامِ، (وَإِنْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حَمَّامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ دَارًا

قوله: وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ العَرَبِ بِذٰلِكَ، قال لبيد [(١)]:

[من الكامل]

عَفَتِ الدِّيَارُ مَحَلُّهَا فَمُقَامُهَا ❊ بِمِنًى تَأَبَّدَ غَوْلُهَا فَرِجَامُهَا

وقال النابغة [(٢)]:

[من البسيط]

يَا دَارَ مَيَّةَ بِالْعَلْيَاءِ فَالسَّنَدِ ❊ أَقْوَتْ وَطَالَ عَلَيْهَا سَالِفُ الأَبَدِ

قوله: غَيْرَ أَنَّ الوَصْفَ فِي الحَاضِرِ لَغْوٌ، لأنَّ الإشارة أبلغ في التعريف فأغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوىٰ وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بذاتِها وذاتُها باق بعد انتقاض الحيطان، وفي المنكر معتبَر لأنَّ الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار

---

(١) هو لبيد بن ربيعة العامري، الشاعر الفارس الشريف، ويصنف شاعراً جاهليًّا لأنَّهُ وإن أدرك الإسلام وأسْلَم لكنه قد هجر الشعر بعد إسلامه فلم يقل إلا بيتاً واحداً، وهو صاحب المعلقة المشهورة بدايتها البيت المذكور، توفي: سنة (٤١ هـ ٦٦١ م)، انظر: الشعر والشعراء: (١٤٨ – ١٥٦)، والأغاني: (١٥/ ٣٦١ – ٣٧٩) وشرح ديوان لبيد بن ربيعة (٢٩٧) طبعة الكويت.

(٢) انظر: ديوان النابغة الذبياني (٤٧) طبعة دار الكتاب العربي.

لِاعْتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ بَعْدَ انْهِدَامِ الحَمَّامِ وَأَشْبَاهِهِ لِأَنَّهُ لَا يَعُودُ اسْمَ الدَّارِيَةِ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذَا البَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ) لِزَوَالِ اسْمِ البَيْتِ لِأَنَّهُ لَا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّىٰ لَوْ بَقِيَتِ الحِيطَانُ

موصوفةٍ بصفةٍ فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة، ولا يلزم على هذا ما لو حَلَفَ أن لا يأكل من هذا الرطب فإنه لا يحنث بأكله بعد ما صار تمرًا لأنَّ الصفة في اليمين إنَّما تكون لغوًا إذا لم تكن الصفة داعيةً إلى اليمين، كما لو حلف أن لا يكلِّم صاحب هذا الطيلسان أو لا يأكل لحم هذا الجمل والرطوبة تصلح داعية، وبعضهم شرطوا أيضًا أن لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال: إن دخلت هذه المرأة راكبةً هذ الدار فهي طالق لم تطلق إذا دخلت ماشيةً لأنَّها ذكرت بطريق الشرط، وفيما نحن فيه إشارة إلى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وأنه بمنزلة الوصف للعرصة فوجب أن يكون الوصف لغوًا فيما أشار إليه لأنه لا يكون مذكورًا بطريق الشرط ولا يصلح داعيًا إلى اليمين بترك الدخول وفي المنكر يكون وصف البناء معتبرًا، كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان أو لا يكلم صبيًّا تتقيَّد اليمين بالصفة المذكورة فيهما، فإن قيل: قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الوكالة: ولو وكل رجلاً بشراء دار فاشترىٰ دارًا خربةً تلزم الموكل ولو كانت الصفة في المنكر معتبرةً وجب أن لا يلزمه، قلنا: الصفة إنَّما اعتبرت في المنكر من كل وجه والدار في الوكالة يعرف من وجه لأنَّ التوكيل بشراء الدار إنَّما يصحُّ بعد بيان الثمن والمحلة، فإن قيل: لو حلف لا يكلِّم رجلاً لا يتقيد بصفة ما فوجب أن لا تتقيَّد الدار بصفة البناء أيضًا، قلنا: صفة البناء معينة للدار فجاز أن يكون مراده بحكم العرف والصفات في الرجل متزاحمةً وجميع الصفات بأسرها ممتنعة للتضاد وليس البعض أوْلىٰ من البعض فلهذا افترقا، والسقف في البيت بمنزلة البناء في الدار اعتبر في المنكر دون المعرف.

وَسَقَطَ السَّقْفُ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ وَالسَّقْفُ وَصْفٌ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا بَنَىٰ بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الِاسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الِانْهِدَامِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذِهِ الدَّارَ فَوَقَفَ عَلَىٰ سَطْحِهَا حَنِثَ) لِأَنَّ السَّطْحَ مِنَ الدَّارِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ المُعْتَكِفَ لَا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالْخُرُوجِ إِلَىٰ سَطْحِ المَسْجِدِ، وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنَثُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَهَا) وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي تَقَدَّمَ (وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ البَابِ بِحَيْثُ إِذَا أُغْلِقَ البَابُ كَانَ خَارِجًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ البَابَ لِإِحْرَازِ الدَّارِ وَمَا فِيهَا فَلَمْ يَكُنِ الخَارِجُ مِنَ الدَّارِ.

قوله: وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ لأنَّ الدوام له حكم الابتداء حتَّىٰ لو نوى بالدخول الدوام صحَّت نيته، ولو لم يكن له حكم الابتداء لما صحَّت نيته، ولنا أنَّ الأصل أنَّ ما لا يمتدُّ من الأفعال لا يُعطىٰ لدوامه حكم الابتداء، وما يمتدُّ من الأفعال يُعطىٰ لدوامه حكم الابتداء، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ﴾ [الأنعام: ٦٨] أي لا تمكث قاعدًا، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تتبع النظرةَ النظرةُ فإنَّ الأولىٰ لك والثانية عليك» والفارق بين الممتدِّ وغير الممتدِّ من الأفعال صحَّة قران المدَّة وعدم الصحَّة، فكل فعل يصحُّ قران المدَّة به فهو ممَّا يمتدُّ كالسكنىٰ والركوب واللُّبس والنظر والقيام والقعود، فإنه يصحُّ أن يقال سكن في الدَّار يومًا وركب يومًا ولبس يومًا ونظر إلىٰ فلان يومًا وقعد يومًا وقام يومًا، وكلُّ فعل لا يصحُّ قران المدَّة به فهو ممَّا لا يمتدُّ كالدخول والخروج، إذ لا يصحُّ أن يقال خرج يومًا من الدار ودخل يومًا في الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت، لأنَّ الدخول هو الانتقال من الخارج إلى الداخل

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْنَثْ بِالْقُعُودِ حَتَّىٰ يَخْرُجَ ثُمَّ يَدْخُلَ) اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ لِأَنَّ الدَّوَامَ لَهُ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الدُّخُولَ لَا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هٰذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لَابِسُهُ فَنَزَعَهُ فِي الحَالِ لَمْ يَحْنَثْ) وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَرْكَبُ هٰذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَنَزَلَ مِنْ سَاعَتِهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هٰذِهِ الدَّارَ وَهُوَ سَاكِنُهَا فَأَخَذَ فِي النَّقْلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَحْنَثُ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَإِنْ قَلَّ، وَلَنَا أَنَّ اليَمِينَ تُعْقَدُ لِلْبِرِّ فَيُسْتَثْنَىٰ مِنْهُ زَمَانُ تَحْقِيقِهِ (فَإِنْ لَبِثَ عَلَىٰ حَالِهِ سَاعَةً حَنِثَ) لِأَنَّ هٰذِهِ الأَفَاعِيلَ لَهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أَمْثَالِهَا؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهَا مُدَّةٌ يُقَالُ رَكِبْتُ يَوْمًا وَلَبِسْتُ يَوْمًا بِخِلَافِ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ دَخَلْتُ يَوْمًا بِمَعْنَى المُدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ، وَلَوْ نَوَى الِابْتِدَاءَ الْخَالِصَ يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هٰذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَتَاعِهِ وَأَهْلِهِ فِيهَا

والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج إلى الداخل بعد يمينه وإنَّما وجد المكث فيها وذا غير معتبَر الدخول، ألا ترىٰ أنه يقال للقاعد: اقعد هنا، كما يقال لغيره، ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هٰذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَتَاعِهِ وَأَهْلِهِ فِيهَا وَلَمْ يُرِدِ

وَلَمْ يُرِدِ الرُّجُوعَ إِلَيْهَا حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاكِنَهَا بِبَقَاءِ أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ فِيهَا عُرْفًا، فَإِنَّ السُّوقِيَّ عَامَّةَ نَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسْكُنُ سِكَّةَ كَذَا، وَالْبَيْتُ وَالْمَحَلَّةُ بِمَنْزِلَةِ الدَّارِ، وَلَوْ كَانَ الْيَمِينُ عَلَى الْمِصْرِ لَا يَتَوَقَّفُ الْبِرُّ عَلَىٰ نَقْلِ الْمَتَاعِ وَالْأَهْلِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ

الرُّجُوعَ إِلَيْهَا حَنِثَ، وهذا إذا كان الحالف متأهِّلاً، فإن كان ممن يعوله غيره بأن كان ابنًا كبيرًا يسكن مع أبيه، أو كانت امرأةً حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وخلف متاعه هناك لا يحنث، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا إذا عقد يمينه بالعربية، أمَّا إذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث إذا خرج بنفسه وخلف أهله ومتاعه فيها، كذا في الفوائد الظهيرية، ومتىٰ كان الحالف متأهلاً وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا متاعه أيضًا وأوثقوه ووجد باب الدار مغلقًا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحنث، بخلاف ما لو قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا، فقيِّد ومنع من الخروج حيث تطلق، وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والِدِها: إن لم تحضري الليلة منزلي فأنتِ طالق، فمنعها الوالد عن الحضور تطلق في الصحيح لأنَّ شرط الحنث هنا الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللإكراه أثر في إعدام الفعل، وثَمَّ شرط الحنث عدم الفعل وليس للإكراه أثر في إبطال العدم، وفي الشافي: إن لم يمكنه النقل عن ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنث، خلافًا لزفر رحمه الله تعالى لأنَّ حالة الضرورة مستثناة، وكذا لو سدَّ عليه الباب فلم يقدر على النقلة، أو كان شريفًا أو ضعيفًا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحنث، حتى يجد من ينقله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَوْ كَانَ الْيَمِينُ عَلَى الْمِصْرِ - إلى قوله - لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ سَاكِنًا فِي الَّذِي انْتَقَلَ عَنْهُ

اللهُ - لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ سَاكِنًا فِي الَّذِي انْتَقَلَ عَنْهُ عُرْفًا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَالْقَرْيَةُ بِمَنْزِلَةِ المِصْرِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الجَوَابِ، ثُمَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ كُلِّ المَتَاعِ، حَتَّىٰ لَوْ بَقِيَ وَتَدٌ يَحْنَثُ لِأَنَّ السُّكْنَىٰ

عُرْفًا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، والفارق العُرف فإنَّ من يكون ببصرةٍ لا يقال هو ساكن ببغداد وإن كان أهله وثقله ببغداد، بخلاف الدار والمحلة والبيت فإنَّ الكائن في السوق يقول أسكن محلة كذا أو دار كذا أو بيت كذا إذا كان أهله وثقله ثمَّة، وعند الشافعي رحمه الله تعالى الدار كالمصر لأنه يعتبر الحقيقة في الأيمان ولا يعتبر العادة، بخلاف الحقيقة إذ المجاز لا يعارض الحقيقة، قال: فإن خرجتُ من مكَّة وخلفتُ فيها دفيترات أفأكون ساكنًا بمكَّة؟ وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لمَّا عرف والحالف يريد ذلك ظاهرًا فيحمل كلامه عليه، ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا بد من نقل كل المتاع لأنَّ السكنى قد تثبت بالكلِّ فتبقى ما بقي شيء منه، وهذا لما عرف من أصله أنَّ الحكم إذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وإن قلَّ، كما في العصير لا يتخمر ما بقى جزء من العصير وإنَّما يصير خمرًا إذا قذف بالزبد، وكما قال الحكم في الزكاة يبقى ببقاء جزء من النصاب وإن قلَّ إذا كان طرفي الحول تامًّا، وكما قال في دار الإسلام لا تصير دار الحرب ما بقىٰ مسلم واحد آمنًا بالأمان الأول، وقال بعض المشايخ: إنَّما يعتبَر عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه نقل الكل ممَّا يقصد به السكنىٰ، أمَّا إذا لم ينقل ما لا يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصيرٍ بَرَّ في يمينه، فإن قيل: قد ينتفي الشيء بانتفاء البعض كما ينتفي بانتفاء الكلِّ، كمجموع العشرة الدنانير مثلاً ولم تنتف السكنىٰ ههنا بانتفاء البعض، قلنا: المجموع ينتفي بانتفاء البعض إذا كان المجموع من حيث الأجزاء كمجموع العشرة، أمَّا إذا كان من حيث الأفراد لا ينتفي بانتفاء البعض، كالرجال لا تنتفي بانتفاء البعض لأنَّ بعد ذلك تنتفي الرجال، أمَّا العشرة عشرة باعتبار أجزائها كما نقص منها شيء لا تبقىٰ عشرةً، والسكنىٰ من قبيل

قَدْ ثَبَتَ بِالْكُلِّ فَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - يُعْتَبَرُ نَقْلُ الأَكْثَرِ لِأَنَّ نَقْلَ الكُلِّ قَدْ يَتَعَذَّرُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: يُعْتَبَرُ نَقْلُ مَا يَقُومُ بِهِ كَدَخْدَائِيَّتِهِ لِأَنَّ مَا وَرَاء ذٰلِكَ لَيْسَ مِنَ السُّكْنَىٰ، قَالُوا: هٰذَا أَحْسَنُ وَأَرْفَقُ بِالنَّاسِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَىٰ مَنْزِلٍ آخَرَ بِلَا تَأْخِيرٍ حَتَّىٰ يَبَرَّ، فَإِنِ انْتَقَلَ إِلَى السِّكَّةِ أَوْ إِلَى المَسْجِدِ قَالُوا لَا يَبَرُّ، دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ بِعِيَالِهِ مِنْ مِصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ يَبْقَىٰ وَطَنُهُ الأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ

الأفراد لأنه يعد ساكنًا باعتبار بقاء البعض، فإنَّ السوقيَّ عامة نَهاره في السوق ويقول أسكن سكَّة كذا فصحَّ الإخبار بسكنىٰ مع أنَّ المخبر ليس هو فيها في عامة أوْقَاته.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يُعْتَبَرُ نَقْلُ الأَكْثَرِ، والفتوىٰ على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه، قالوا هذا الاختلاف في نقل الأمتعة، فأمَّا الأهل فلا بد من نقلهم بلا خلافٍ، كذا في الظهيرية.

قوله: دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ، كوفيٌّ انتقل بأهله ومتاعه إلىٰ مكَّة ليستوطنها فلمَّا دخلها وتوطَّن بِها بدا له أن يعود إلى خراسان، فعادَ ومرَّ بالكوفة يصلي ركعتين، لأنَّ وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكَّةَ، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا تستوطن مكة ويرجع إلىٰ خراسان فمرَّ بالكوفة فإنه يصلي بالكوفة أربعًا، لأنَّ وطنه بالكوفة قائمٌ ما لم يتخذ وطنًا آخر، كذا هنا، وإن كان في طلب مَسْكَنٍ آخر فترَك الأمْتِعَة فيها أيَّامًا لا يحنث في الصحيح، لأنَّ طلب المنزل من عمل النقل وصار مدَّة طلب المنزل مستثنًى بحكم العرف إذا لم يفرط في الطلب.

كَذَا هَذَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: كَذَا هَذَا، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: هذا إذا لم يسلِّم الدار المستأجرة إلىٰ صاحبها، فإن سلمها برَّ وإن كان هو والمتاعُ في السكَّة أو في المسجد، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ اليَمِينِ فِي الخُرُوجِ وَالْإِتْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنَ المَسْجِدِ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَحَمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ فِعْلَ المَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَى الآمِرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَكِبَ دَابَّةً فَخَرَجَتْ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الفِعْلَ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ لِعَدَمِ الأَمْرِ (وَلَوْ حَمَلَهُ بِرِضَاهُ لَا بِأَمْرِهِ لَا يَحْنَثُ) فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الِانْتِقَالَ بِالْأَمْرِ لَا بِمُجَرَّدِ الرِّضَا.

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنَ المَسْجِدِ، وكذا الحكم في البيت والدار، ولكن وضع المسئلة في المسجد حملاً ليمينه على العادة.

قوله: وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا، أي حمله إنسان فأخرجه مكرهًا لأنه لم يوجد منه الفعل لا حقيقةً وهو ظاهر، ولا حكمًا لأنه لم يأمره به، ولو هدَّد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه، وقيل: لا يحنث، وقيل: إن أمكنه الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث، وإن لم يمكنه لا.

قوله: وَلَوْ حَمَلَهُ بِرِضَاهُ لَا بِأَمْرِهِ لَا يَحْنَثُ فِي الصَّحِيحِ، وقال بعضهم: يحنث لأنه لمَّا كان متمكنًا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج، ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين؟ الصحيح أنه لا تنحل اليمين، حتى لو حلف على الدخول فأدخل مكرهًا ثم خرج فدخل مختارًا حنث في الصحيح، وقيل: تنحل فلا يحنث.

قَالَ: (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنْ دَارِهِ إِلَّا إِلَىٰ جِنَازَةٍ فَخَرَجَ إِلَيْهَا ثُمَّ أَتَىٰ حَاجَةً أُخْرَىٰ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ المَوْجُودَ خُرُوجٌ مُسْتَثْنًى، وَالْمُضِيَّ بَعْدَ ذٰلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَىٰ مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لِوُجُودِ الخُرُوجِ عَلَىٰ قَصْدِ مَكَّةَ وَهُوَ الشَّرْطُ، إِذِ الخُرُوجُ هُوَ الِانْفِصَالُ مِنَ الدَّاخِلِ إِلَى الخَارِجِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِيهَا لَمْ يَحْنَثْ حَتَّىٰ يَدْخُلَهَا) لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الوُصُولِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَا﴾ [الشعراء: ١٦] وَلَوْ حَلَفَ لَا يَذْهَبُ إِلَيْهَا قِيلَ هُوَ كَالْإِتْيَانِ، وَقِيلَ هُوَ كَالْخُرُوجِ وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الزَّوَالِ.

قوله: وَالْمُضِيَّ بَعْدَ ذٰلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ، لأنَّ الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن إلى الظاهر، وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الإتيان إلى حاجة أخرىٰ والإتيان غير الخروج لأنَّ الإتيان عبارة عن الوصول.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَىٰ مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ، ويشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على نية الخروج إلىٰ مكّة، حتى لو رجع قبل أن يجاوز عمران مصره لا يحنث وإن كان على هذه النية.

قوله: وَقِيلَ هُوَ كَالْخُرُوجِ وَهُوَ الأَصَحُّ، وقيل لا يحنث ما لم يدخلها كالإتيان، لقوله تعالى: ﴿ٱذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُۥ طَغَىٰ ۝٤٣ فَقُولَا لَهُۥ قَوْلًا لَّيِّنًا﴾ [طه: ٤٣ – ٤٤] وذا بمعنى الإتيان، ولنا أنَّ الذهاب والخروج يستعملان استعمالاً واحدًا، يقال: ذهب إلى مكة وخرج إلىٰ مكة بمعنًى واحدٍ، قال الله تعالى: ﴿لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ﴾

(وَإِنْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّ البَصْرَةَ فَلَمْ يَأْتِهَا حَتَّىٰ مَاتَ حَنِثَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّ البِرَّ قَبْلَ ذٰلِكَ مَرْجُوٌّ (وَلَوْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ غَدًا إِنِ اسْتَطَاعَ فَهٰذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ القُدْرَةِ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: إِذَا لَمْ يَمْرَضْ وَلَمْ يَمْنَعْهُ السُّلْطَانُ وَلَمْ يَجِئْ أَمْرٌ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ إِتْيَانِهِ فَلَمْ يَأْتِهِ حَنِثَ، وَإِنْ عَنَى اسْتِطَاعَةَ القَضَاءِ دُيِّنَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ) وَهٰذَا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْتِطَاعَةِ فِيمَا يُقَارِنُ الفِعْلَ وَيُطْلَقُ الِاسْمُ عَلَىٰ سَلَامَةِ الآلَاتِ وَصِحَّةِ الأَسْبَابِ فِي المُتَعَارَفِ، فَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَوَّلِ دِيَانَةً لِأَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ ثُمَّ قِيلَ وَتَصِحُّ قَضَاءً أَيْضًا لِمَا بَيَّنَّا، وَقِيلَ لَا تَصِحُّ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

[الأحزاب: ٣٣] أي ليزيله عنكم، فثبت أنَّ الذهاب هو الزوال والانفصال لأنَّ الإذهاب إفعال من الذهاب والإذهاب الإزالة وكونه إزالةً لا يفتقر إلى وصول الزائل إلىٰ محل آخر، فكذا الذهاب الذي هو الزوال لا يشترط فيه الوصول، وهذا الاختلاف فيما إذا لم تكن له نية، فإن نوى الخروج والإتيان فعلىٰ ما نوىٰ لأنه يحتمل كل واحد منهما، وفي الإتيان لا يشتَرط القصد للحنث بل إذا وصل إليه يحنث، قصد أو لم يقصد.

قوله: وَيُطْلَقُ الِاسْمُ - أي اسم الاستطاعة - عَلَىٰ سَلَامَةِ الآلَاتِ وَصِحَّةِ الأَسْبَابِ - وارتفاع الموانع - فِي المُتَعَارَفِ، فَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، لأنَّ مطلق الكلام يحمل على المتعارف قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وفسَّرها رسول الله عليه الصلاة والسلام بملك الزاد والراحلة، وقال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] والمراد ما قلنا، فإن نوى القدرة

(وَمَنْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَىٰ بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَنِثَ وَلَا بُدَّ مِنَ الإِذْنِ فِي كُلِّ خُرُوجٍ) لِأَنَّ الْمُسْتَثْنَىٰ خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بِالْإِذْنِ، وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الحَظْرِ العَامِّ، وَلَوْ نَوَى الإِذْنَ مَرَّةً يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ

الحقيقية التي يحدثها الله تعالىٰ للعبد حالة الفعل مقارنةً له عند أهل السنة صدقَ ديانةً لأنَّ ذا ممَّا يقع عليه اسم الاستطاعة، قال الله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ١٢٩] ﴿فَمَا ٱسْطَٰعُوٓاْ أَن يَظْهَرُوهُ وَمَا ٱسْتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقْبًا﴾ [الكهف: ٩٧] إلَّا أنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي، وفي روايةٍ يصدق قضاءً لأنه نوىٰ حقيقة كلامه، وهذا بناء على أنه إذا نوىٰ حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانةً وقضاءً، وإن كان يخالفها ففي تصديقه قضاءً روايتان، وإذا نوى ما قلنا لم يحنث بحالٍ لأنَّ تلك القدرة لا تسبق الفعل وإنما يعرف وجودها بوجود الفعل، فمتى لم يكن لم تكن له استطاعة، وإنما سميت استطاعة القضاء لأنَّ ذلك الفعل يوجد بإيجاد الله تعالىٰ وقضائه فإنه تعالىٰ إذا قضىٰ وجود ذلك الفعل أوْجَد قدرة العبد مع ذلك الفعل، ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك القدرة أي الاستطاعة استطاعة القضاء.

قوله: لِأَنَّ الْمُسْتَثْنَىٰ خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بِالْإِذْنِ، لأنَّ التقدير: لا تخرج امرأته خروجاً إلَّا خروجًا ملصقًا بإذني، فيكون ما وراء الخروج المقرون بالإذن باقيًا تحت الحظر العام، فيحنث إذا وجد الخروج لا عن إذن لوجود شرط الحنث، كقوله: إن خرجتِ من الدار إلا بملحفةٍ فأنتِ طالقٌ، فخرجت بملحفةٍ لم تطلق ولم يسقط الحظر حتَّى لو خرجت بلا ملحفةٍ تطلقُ.

قوله: وَلَوْ نَوَى الإِذْنَ مَرَّةً يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ، لأنَّ الاستثناء

لٰكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ آذَنَ لَكَ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ هٰذِهِ كَلِمَةُ غَايَةٍ فَتَنْتَهِي الْيَمِينُ بِهِ كَمَا إِذَا قَالَ حَتَّىٰ آذَنَ لَك.

(وَلَوْ أَرَادَتِ الْمَرْأَةُ الْخُرُوجَ فَقَالَ إِنْ خَرَجْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَجَلَسَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذٰلِكَ إِذَا أَرَادَ رَجُلٌ ضَرْبَ عَبْدِهِ فَقَالَ لَهُ آخَرُ إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي حُرٌّ فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ) وَهٰذِهِ تُسَمَّىٰ يَمِينَ فَوْرٍ،

يحتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف، ولو قال: إلَّا أن آذن لك ينتهي اليمين بالإذن مرَّةً، كما إذا قال: حتى أن آذن لك، وإن نوى التعدد صدق لأنه نوى الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة من حيث إنَّ حكم كلٍّ واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ما قبلها، فإن قيل: يشكل على هذا قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٣] فهناكَ بالإذن مرَّةً لا يسقط حرمة الدخول بل الإذن يحتاج إليه في كل مرَّةٍ مع أنه مذكورٌ بكلمة إلَّا أن، قلنا: حرمة الدخول في بيت النبي عليه الصلاة والسلام ما ثبتت بِهذا النصِّ بل الأصل حرمة الدخول في ملك الغير بغير إذنه، إلَّا أنَّ هذا النصَّ لإباحة الدخول بالإذن فبقى الدخول بغير الإذن علىٰ أصل الحرمة، أو نقول: اشتراط الإذن هناك في كل مرَّةٍ إنَّما علم بآخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّ ذَٰلِكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ﴾ ومعنى الإيذاء موجودٌ في كل ساعةٍ فشرط الإذن في كل مرَّةٍ.

قوله: وَهٰذِهِ تُسَمَّىٰ يَمِينَ فَوْرٍ، أي يمين الحال، وهو في الأصل مصدر: فَارَتِ الْقِدْر إذا غلَت فاستعير للسرعة ثمَّ سميت به الحالة التي لا ريبَ فيها ولا لبث، فقيل: جاء فلان وخرج من فوره أي من ساعته.

وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بِإِظْهَارِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ مُرَادَ المُتَكَلِّمِ الرَّدُّ عَنْ تِلْكَ الضَّرْبَةِ وَالْخُرْجَةِ عُرْفًا، وَمَبْنَى الأَيْمَانِ عَلَيْهِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: اِجْلِسْ فَتَغَدَّ عِنْدِي قَالَ إِنْ تَغَدَّيْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَخَرَجَ فَرَجَعَ إِلَىٰ مَنْزِلِهِ وَتَغَدَّىٰ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ كَلَامَهُ خَرَجَ مَخْرَجَ الجَوَابِ فَيَنْطَبِقُ عَلَى السُّؤَالِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الغَدَاءِ المَدْعُوِّ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ تَغَدَّيْتَ اليَوْمَ لِأَنَّهُ زَادَ عَلَىٰ حَرْفِ الجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْدٍ مَأْذُونٍ لَهُ مَدْيُونٍ أَوْ

قوله: وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ بِإِظْهَارِهِ، ولم يسبقه أحد فيه، وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان: مطلقة كلا يفعل كذا، أو مؤقتة كلا يفعل كذا اليوم، فخرج قسمًا ثالثًا وهي المطلقة لفظًا والموقتة معنًى، وإنَّما أخذها من حديث جابر بن عبد الله وأبيه حين دعيا إلى نصرة إنسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا، ووجهه أنَّ مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفًا فيتقيَّد بذلك لأنَّ المطلق يتقيَّد بدلالة حال المتكلم، وذكر في الفوائد الظهيرية: يمين الفور مأخوذ من فوران القدر فسميت هي بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ، في المبسوط: ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارًا أو فرسًا أو برذونًا أو بغلاً حنث، وكذلك إن ركب غيرها من الدواب في القياس كالبعير والفيل لأنَّ اسم الدابة يتناوله حقيقةً وحكمًا، فإنَّ الدابة ما يدبُّ على الأرض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير، وقد تأيَّد ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ

غَيْرِ مَدْيُونٍ لَمْ يَحْنَثْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَىٰ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَوْلَىٰ فِيهِ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُسْتَغْرِقٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَنْوِهِ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ لِلْمَوْلَىٰ لٰكِنَّهُ يُضَافُ إِلَى العَبْدِ عُرْفًا، وَكَذَا شَرْعًا قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ لِلْبَائِعِ» الحَدِيثَ فَتَخْتَلُّ الإِضَافَةُ إِلَى المَوْلَىٰ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ،

لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] فإنَّما ذكر منَّة الركوب في هذه الأنواع الثلاثة وإن كان يركب الفيل والبعير في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أنَّ اليمين تناوله، ألا ترىٰ أنَّ البقر والجاموس يركب أيضًا في بعض المواضع ثمَّ لا يفهم من قول القائل: يركب فلان دابة البقر، إلَّا أن ينوي جميع ذلك فيكون علىٰ ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه، وإن عنى الخيل وحدها لم يدين في الحكم لأنه نوى التخصيص في لفظه العام، ولو قال: لا أركب، ونوى الخيل وحدها لم يُديَّن لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ لأنَّ في لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصحُّ في الملفوظ لا فيما لا لفظ له.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَىٰ، إلَّا هنا بمعنى لكن لمَّا قال لم يحنث مطلقًا استدرك فبين الأحوال التي لا يحنث فيها فعُلِم منه أنه يحنث في بعض الأحوال فقال إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوىٰ، وإذا كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه فعلم من هذا أنه إذا لم يكن عليه دين أو كان غير مستغرق يحنث إذا نوىٰ، أو نقول: إلَّا هنا علىٰ معناه لأنه لمَّا قال لم يحنث مطلقًا استثنى ما يحنث فيه فكأنه قال إذا لم يكن عليه دين أو كان غير مستغرق فحينئذٍ يحنث إذا نوىٰ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحْنَثُ إِذَا نَوَاهُ لِاخْتِلَالِ الإِضَافَةِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ لِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ المِلْكِ إِذِ الدَّيْنُ لَا يَمْنَعُ وُقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِنْدَهُمَا.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا يَحْنَثُ، وهي ما إذا لم يكن عليه دين، أو كان عليه دين مستغرق، أو غير مستغرق يحنث إذا نوىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالى: يحنث في الوجوه كلها نوىٰ أو لم ينو، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ اليَمِينِ فِي الأَكْلِ وَالشُّرْبِ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هٰذِهِ النَّخْلَةِ فَهُوَ عَلَىٰ ثَمَرِهَا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَىٰ مَا لَا يُؤْكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ وَهُوَ الثَّمَرُ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ فَيَصْلُحُ مَجَازًا عَنْهُ، لٰكِنَّ الشَّرْطَ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعَةٍ جَدِيدَةٍ حَتَّىٰ لَا يَحْنَثَ بِالنَّبِيذِ وَالْخَلِّ وَالدِّبْسِ المَطْبُوخِ.

باب اليمين في الأكل والشرب

الأكل إيصال الشيء إلىٰ جوفه بفيه مهشومًا أو غير مهشومٍ، ممضوغًا أو غير ممضوغٍ، مما يتأتّىٰ فيه المضغ والهشم، والشراب إيصال الشيء إلىٰ جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه المضغ والهشم في حال إيصاله، والذوق معرفة الشيء بفيه من غير إدخال عينه، ألا ترىٰ أنَّ الأكل والشرب مفطر لا الذوق، ولو حلف لا يأكل عنبًا أو رمانًا فجعل يمضغه ويرمي بتفله ويبتلع ماءه لم يحنث لا في الأكل ولا في الشرب لأنَّ هذا يسمى مصًّا ولا يسمى أكلاً ولا شربًا، ولو حلف أن لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنث وإنما يحنث إذا ثرد فيه، ولو حلف أن لا يشرب فثرد فيه فأكله لا يحنث، قالوا هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية فأكل أو شرب كان حانثًا، وعليه الفتوىٰ.

قوله: لٰكِنَّ الشَّرْطَ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعَةٍ جَدِيدَةٍ، لأنَّ بالصنعة يصير شيئًا آخر، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لِيَأْكُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْۚ﴾ [يٰس: ٣٥] عطف على ما يعمل على الثمر والعطف دليل المغايرة.

قوله: وَالدِّبْسِ المَطْبُوخِ، قيَّد بالمطبوخ لأنه يحنث في الدبس الذي يسيل من

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هٰذَا البُسْرِ فَصَارَ رُطَبًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هٰذَا الرُّطَبِ أَوْ مِنْ هٰذَا اللَّبَنِ فَصَارَ تَمْرًا أَوْ صَارَ اللَّبَنُ شِيرَازًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ صِفَةَ البُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إِلَى اليَمِينِ، وَكَذَا كَوْنُهُ لَبَنًا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَلِأَنَّ اللَّبَنَ مَأْكُولٌ فَلَا يَنْصَرِفُ اليَمِينُ إِلَىٰ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هٰذَا الصَّبِيَّ أَوْ هٰذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ بَعْدَمَا شَاخَ، لِأَنَّ هِجْرَانَ المُسْلِمِ بِمَنْعِ الكَلَامِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ فَلَمْ يُعْتَبَرَ الدَّاعِي دَاعِيًا فِي الشَّرْعِ.

الرطب، وفي الذخيرة: إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئًا فأكل من ثمرها أو طلعها أو بسرها أو دبسها حنث، ثم قال وأراد بالدبس ما يسيل من الرطب إذا اتخذ من الدبس ناطفًا أو نبيذًا لا يحنث في يمينه لأن يمينه انصرف إلى ما يخرج من النخلة والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخل كذلك، ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئًا فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث في يمينه لأنَّ هذه الأشياء خارجة من الكرم، أمَّا العنب والزبيب فظاهر، وأمَّا العصير فلأنه ماء العنب، ولو أكل من خله لا يحنث لأنه ليس بخارج منه بهذه الصفة.

قوله: شِيرَازًا، الشيراز هو اللبن الرائب الخاثر إذا استخرج منه ماؤه حتى صار الصقرلاط كالفالوذج الخاثر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هٰذَا الصَّبِيَّ، ولو حلف لا يكلم صبيًّا يتقيَّد بالصبيِّ وإن كان حرامًا مهجورًا شرعًا لأنه صار مقصودًا بالحلف لكونه هو المعرف للمحلوف عليه فيجب تقييد اليمين به وإن كان حرامًا، كمن حلف ليشربن اليوم خمرًا أو ليسرقن الليلة يتقيد اليمين وإن كان حرامًا لصيرورة الشرب والسرقة مقصودين باليمين فيحنث إن لم يشرب أو لم يسرق، كذا هنا.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ هٰذَا الحَمَلِ فَأَكَلَ بَعْدَمَا صَارَ كَبْشًا حَنِثَ) لِأَنَّ صِفَةَ الصِّغَرِ فِي هٰذَا لَيَسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ فَإِنَّ المُمْتَنِعَ عَنْهُ أَكْثَرُ امْتِنَاعًا عَنْ لَحْمِ الكَبْشِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ رُطَبًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبُسْرٍ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَبًا أَوْ بُسْرًا أَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَبًا وَلَا بُسْرًا فَأَكَلَ مُذَنِّبًا حَنِثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا لَا يَحْنَثُ فِي الرُّطَبِ) يَعْنِي بِالْبُسْرِ المُذَنِّبِ وَلَا فِي البُسْرِ بِالرُّطَبِ المُذَنِّبِ لِأَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ يُسَمَّىٰ رُطَبًا وَالْبُسْرَ المُذَنِّبَ يُسَمَّىٰ بُسْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ اليَمِينُ عَلَى الشِّرَاءِ، وَلَهُ أَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنَبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ، وَالْبُسْرَ المُذَنِّبَ عَلَىٰ عَكْسِهِ فَيَكُونُ آكِلُهُ آكِلَ البُسْرِ وَالرُّطَبِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مَقْصُودٌ فِي الْأَكْلِ بِخِلَافِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ يُصَادِفُ الجُمْلَةَ فَيَتْبَعُ القَلِيلُ فِيهِ الكَثِيرَ.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ اليَمِينُ عَلَى الشِّرَاءِ، بأن حلف لا يشتَري رطبًا فاشترىٰ بسرًا مذنبًا، أو لا يشتَري رطبًا فاشترىٰ كباسة بسر فيها رطب، أو لا يشتَري شعيرًا فاشترىٰ حنطةً فيها حبات شعير لم يحنث.

قوله: فَيَكُونُ آكِلُهُ آكِلَ البُسْرِ وَالرُّطَبِ، ولهذا لو ميَّزه فأكله يحنث إجماعًا فكذا إذا أكله مع غيره، فإن قيل: لو حلف لا يشرب هذا اللَّبن فصبَّ فيه ماء والماء غالب لا يحنث وإن شرب المحلوف عليه وزيادةً، قلنا: اللَّبن بانصباب الماء فيه يشيع في جميع أجزاء الماء فيصير مستهلكًا حتَّىٰ لا يرى مكانه وهنا يرىٰ مكانه وكان قائمًا زمان التناول،

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطَبًا فَاشْتَرَىٰ كِبَاسَةَ بُسْرٍ فِيهَا رُطَبٌ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُصَادِفُ الجُمْلَةَ وَالْمَغْلُوبَ تَابِعٌ (وَلَوْ كَانَتِ اليَمِينُ عَلَى الأَكْلِ يَحْنَثُ) لِأَنَّ الأَكْلَ يُصَادِفُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلٌّ مِنْهُمَا مَقْصُودًا وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْتَرِي شَعِيرًا أَوْ لَا يَأْكُلُهُ فَاشْتَرَىٰ حِنْطَةً فِيهَا حَبَّاتُ شَعِيرٍ وَأَكَلَهَا يَحْنَثُ فِي الأَكْلِ دُونَ الشِّرَاءِ لِمَا قُلْنَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ لَا يَحْنَثُ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ لِأَنَّهُ يُسَمَّىٰ لَحْمًا فِي القُرْآنِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّسْمِيَةَ مَجَازِيَّةٌ لِأَنَّ اللَّحْمَ مُنْشَؤُهُ مِنْ الدَّمِ وَلَا دَمَ فِيهِ لِسُكُونِهِ فِي المَاءِ (وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ لَحْمَ إِنْسَانٍ يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إِلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ، وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الحَرَامِ (وَكَذَا إِذَا أَكَلَ كَبِدًا أَوْ كِرْشًا)

فإن قيل: الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكًا ولا يرىٰ مكانه، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل حنطةً فأكل شعيرًا فيه حبات حنطة إن أكل حبَّةً حبَّةً حنث، وإن جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنث لأنَّها تصير مستهلكةً عنده، قلنا: نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمَّة أوْضح لأنه حينئذٍ لا يجد من طعم الحنطة شيئًا في حلقه، بخلاف ما لو أكل بسرًا مذنبًا أو رطبًا مذنبًا لأنه يجد في حلقه شيئًا من حموضة البسر وحلاوة الرطب، وقيل: الجواب فيهما واحدٌ.

قوله: وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ لَحْمَ إِنْسَانٍ يَحْنَثُ، لأنه لحم حقيقةً، والصحيح أنه لا يحنث بلحم الخنزير والآدمي لأنَّ أكله ليس بمتعارف ومبنى الأيمان على العرف، وذكر الزاهدي العتابي رحمه الله تعالىٰ: أنه لا يحنث، وعليه الفتوىٰ.

لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةً فَإِنَّ نُمُوَّهُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ اللَّحْمِ، وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنَثُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ لَحْمًا.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ أَوْ لَا يَشْتَرِي شَحْمًا لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا فِي شَحْمِ الْبَطْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَحْنَثُ فِي شَحْمِ الظَّهْرِ أَيْضًا) وَهُوَ اللَّحْمُ السَّمِينُ لِوُجُودِ خَاصِّيَّةِ الشَّحْمِ فِيهِ وَهُوَ الذَّوْبُ بِالنَّارِ، وَلَهُ

قوله: وَقَالَا: يَحْنَثُ فِي شَحْمِ الظَّهْرِ، وذكر الطحاوي قول محمد رحمه الله تعالى مثل قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنَّ شحم الظهر يُذاب ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال: ﴿وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ أَوِ ٱلْحَوَايَآ أَوْ مَا ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍ﴾ [الأنعام: ١٤٦] وحقيقة الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم أربعة: شحم الظهر، وشحم مختلط بالعظم، وشحم على ظاهر الأمعاء، وشحم البطن، واتفقوا على أنه يحنث في شحم البطن، والثلاثة على الاختلاف، وله أنه لا يطلق اسم الشحم على اللحم السمين، ولهذا لو حلف لا يأكل لحمًا فأكل شحمًا يحنث وكيف يكون شحمًا مع كونه لحمًا ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية «فربهى لاپيه»، وأمَّا الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا، فإن قيل: المراد ما حملته الحوايا من الشحم، قلنا: ذلك إضمار وهو خلاف الأصل والانقطاع في الاستثناء وإن كان خلاف الأصل لكنه يثبت إذا دلَّ الدليل وقد دلَّ الدليل ههنا، وهو قوله: ﴿أَوْ مَا ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍ﴾ لأنَّ أحدًا لم يقل بأنَّ مخَّ العظم شحم، وقيل: لو كانت يمينه على الشراء لا يحنث بشحم الظهر اتفاقًا لأنَّ الشراء لا يتمُّ إلَّا بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحَّامًا لا شحَّامًا، بخلاف الأكل عندهما لأنَّ الأكل يتمُّ بالأكل

أَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةً؛ أَلَا تَرَاهُ أَنَّهُ يَنْشَأُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَهُ وَتَحْصُلُ بِهِ قُوَّتُهُ، وَلِهٰذَا يَحْنَثُ بِأَكْلِهِ فِي اليَمِينِ عَلَىٰ أَكْلِ اللَّحْمِ، وَلَا يَحْنَثُ بِبَيْعِهِ فِي اليَمِينِ عَلَىٰ بَيْعِ الشَّحْمِ، وَقِيلَ هٰذَا بِالْعَرَبِيَّةِ، فَأَمَّا اسْمُ پِيهِ بِالْفَارِسِيَّةِ لَا يَقَعُ عَلَىٰ شَحْمِ الظَّهْرِ بِحَالٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا أَوْ شَحْمًا فَاشْتَرَىٰ أَلْيَةً أَوْ أَكَلَهَا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ ثَالِثٌ حَتَّىٰ لَا يُسْتَعْمَلَ اسْتِعْمَالَ اللُّحُومِ وَالشُّحُومِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هٰذِهِ الحِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّىٰ يَقْضِمَهَا، وَلَوْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا حَنِثَ أَيْضًا) لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْهُ عُرْفًا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَهُ حَقِيقَةً

وحده وشحم الظهر شحم عندهما، وبأن لا يحنث في فصل الشراء لا يدلُّ على أنه ليس بشحم عندهما فقد أكل الشحم فيحنث، ألا ترىٰ أنَّ من حلف لا يشتَري طعامًا فاشتَرىٰ لحمًا لم يحنث لأنَّ بائعه يسمى لحَّامًا، ولو حلف لا يأكل طعامًا يحنث بأكل اللَّحم لأنَّ الأكل يتمُّ بالآكل وحده، ومن حلف لا يشتَري حديدًا فاشترىٰ درعًا من حديد لا يحنث لأنَّ بائعه يسمَّىٰ زرَّادًا لا حدَّادًا، ولو حلف لا يمسُّ حديدًا فمسَّ درعًا حنث لأنَّ المسّ يتمُّ به وحده، وقيل: فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله تعالى حيث جمع بين الأكل والشراء، وذكر فيه الخلاف، واختلف المشايخ في تعيين محل الخلاف، قال بعضهم: الخلاف في اللحم السمين على الظهر، فعلى هذا كلام أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أظهر.

قوله: وَقَالَا: إِنْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا حَنِثَ أَيْضًا، لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْهُ عُرْفًا، يقال: أهل

مُسْتَعْمَلَةً فَإِنَّهَا تُقْلَىٰ وَتُغْلَىٰ وَتُؤْكَلُ قَضْمًا وَهِيَ قَاضِيَةٌ عَلَى المَجَازِ المُتَعَارَفِ عَلَىٰ مَا هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُ، وَلَوْ قَضَمَهَا حَنِثَ عِنْدَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِعُمُومِ المَجَازِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَانٍ، وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ فِي الخُبْزِ حَنِثَ أَيْضًا.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هٰذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْزِهِ حَنِثَ) لِأَنَّ عَيْنَهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ فَانْصَرَفَ إِلَىٰ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلَوِ اسْتَفَّهُ كَمَا هُوَ لَا يَحْنَثُ) هُوَ الصَّحِيحُ لِتَعَيُّنِ المَجَازِ مُرَادًا.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ خُبْزًا فَيَمِينُهُ عَلَىٰ مَا يَعْتَادُ أَهْلُ المِصْرِ أَكْلَهُ خُبْزًا) وَذٰلِكَ خُبْزُ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِأَنَّهُ هُوَ المُعْتَادُ فِي غَالِبِ البُلْدَانِ (وَلَوْ

بلدة كذا يأكلون الحنطة، والمراد باطن الحنطة وذا عام يتناول عينها وما يتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز، كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول حافيًا ومتنعلاً وراكبًا وراجلاً لأنه مجاز عن الدخول، ومحمد رحمه الله تعالى مرَّ على أصله في السويق المتخذ منه لأنه أكل المتخذ منه، وأبو يوسف رحمه الله تعالى خالف أصله لأنَّ حلفه إنَّما يقع على المتخذ منه عرفًا ولا عرف في السويق، والجواب لأبي حنيفة رحمه الله تعالى عن قولهما أنَّ التعارف في الحنطة المطلقة لا في هذه الحنطة، فعلىٰ هذا إذا حلف لا يأكل الحنطة يجب أن لا يحنث بأكل الحنطة عندهم جميعًا، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى.

قوله: وَلَوِ اسْتَفَّهُ كَمَا هُوَ لَا يَحْنَثُ، وقيل: يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقةً، ولو عنىٰ أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز لأنه حقيقة كلامه.

أَكَلَ مِنْ خُبْزِ القَطَائِفِ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّىٰ خُبْزًا مُطْلَقًا إِلَّا إِذَا نَوَاهُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ (وَكَذَا لَوْ أَكَلَ خُبْزَ الأُرْزِ بِالْعِرَاقِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعْتَادٍ عِنْدَهُمْ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ بِطَبَرِسْتَانَ أَوْ فِي بَلْدَةٍ طَعَامُهُمْ ذٰلِكَ يَحْنَثُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الشِّوَاءَ فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ دُونَ البَاذِنْجَانِ وَالْجَزَرِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ اللَّحْمُ المَشْوِيُّ عِنْدَ الإِطْلَاقِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ مَا يُشْوَىٰ مِنْ بِيضٍ أَوْ غَيْرِهِ لِمَكَانِ الحَقِيقَةِ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَىٰ مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ، وَهٰذَا لِأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَذِّرٌ فَيُصْرَفُ إِلَىٰ خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحْمُ المَطْبُوخُ بِالْمَاءِ إِلَّا إِذَا نَوَىٰ غَيْرَ ذٰلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا، وَإِنْ أَكَلَ مِنْ مَرَقِهِ يَحْنَثْ لِمَا فِيهِ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّحْمِ وَلِأَنَّهُ يُسَمَّىٰ طَبِيخًا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَىٰ مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاعُ فِي المِصْرِ) وَيُقَالُ يُكْنَسُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رَأْسًا

قوله: وَإِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَىٰ مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ، أي بالماء، وأما القلية اليابسة فلا تسمَّىٰ مطبوخًا وهذا استحسان، والقياس أن يحنث في اللحم وغيره ممَّا هو مطبوخ، ولكن الأخذ بالقياس متعذَّر حيث ينسدُّ عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ، ونحن نعلم أنه لو لم يرد به ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لأنه الذي يطبخ في العادات الظاهرة ومتخذه يسمى طباخًا، فأمَّا من طبيخ

فَهُوَ عَلَىٰ رُءُوسِ البَقَرِ وَالْغَنَمِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ عَلَى الغَنَمِ خَاصَّةً، وَهٰذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ كَانَ العُرْفُ فِي زَمَنِهِ فِيهِمَا وَفِي زَمَنِهِمَا فِي الغَنَمِ خَاصَّةً، وَفِي زَمَانِنَا يُفْتَىٰ عَلَىٰ حَسَبِ العَادَةِ كَمَا هُوَ المَذْكُورُ فِي المُخْتَصَرِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَلَ عِنَبًا أَوْ رُمَّانًا أَوْ رُطَبًا أَوْ قِثَّاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ أَكَلَ تُفَّاحًا أَوْ بِطِّيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَنِثَ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: حَنِثَ فِي العِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّانِ أَيْضًا) وَالْأَصْلُ أَنَّ الفَاكِهَةَ اسْمٌ لِمَا يُتَفَكَّهُ بِهِ قَبْلَ الطَّعَامِ وَبَعْدَهُ: أَيْ يُتَنَعَّمُ بِهِ زِيَادَةً عَلَى المُعْتَادِ، وَالرُّطَبُ وَالْيَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ التَّفَكُّهُ بِهِ مُعْتَادًا حَتَّىٰ لَا يَحْنَثَ بِيَابِسِ البِطِّيخِ، وَهٰذَا المَعْنَىٰ مَوْجُودٌ فِي التُّفَّاحِ وَأَخَوَاتِهِ فَيَحْنَثُ بِهَا وَغَيْرُ مَوْجُودٍ فِي القِثَّاءِ وَالْخِيَارِ لِأَنَّهُمَا مِنَ البُقُولِ بَيْعًا وَأَكْلًا فَلَا يَحْنَثُ بِهِمَا، وَأَمَّا العِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَّانُ فَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّ مَعْنَى التَّفَكُّهِ مَوْجُودٌ فِيهَا فَإِنَّهَا أَعَزُّ الفَوَاكِهِ وَالتَّنَعُّمُ بِهَا يَفُوقُ التَّنَعُّمَ بِغَيْرِهَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: إِنَّ هٰذِهِ الأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّىٰ بِهَا وَيُتَدَاوَىٰ

الآخر فلا يسمى طباخًا.

قوله: وَالرُّطَبُ وَالْيَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ، يعني أنَّ ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه ويابسه بعد أن يكون التفكُّه به معتادًا، حتى لا يحنث بيابس البطيخ لأنَّ التفكه به غير معتاد.

بِهَا فَأَوْجَبَ قُصُورًا فِي مَعْنَى التَّفَكُّهِ لِلِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ البَقَاءِ وَلِهَٰذَا كَانَ اليَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ أَوْ مِنَ الأَقْوَاتِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتَدِمُ فَكُلُّ شَيْءٍ أُصْطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ وَالشِّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ وَالْمِلْحُ إِدَامٌ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الخُبْزِ غَالِبًا فَهُوَ إِدَامٌ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الإِدَامَ

قوله: فَأَوْجَبَ قُصُورًا فِي مَعْنَى التَّفَكُّهِ، وهذا لأنَّ الفاكهة اسم لما يكون تبعًا فما يكون أصلاً من وجه من حيث أنه يصلح للغذاء والداء لا يتناوله اسم الفاكهة لأنَّ جهة الإصالة فيه أوجب قصورًا في تبعيته فلا يتناوله اسم التبع، كما لا يتناول اسم الشحم اللحم السمين، وكما لا يتناوله اسم المبنى عن كمال مسماه القاصر، كاللحم لا يتناول السمك، والمملوك لا يتناول المكاتب.

قوله: وَلِهَٰذَا كَانَ اليَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ - كيابس الرمان - أَوْ مِنَ الأَقْوَاتِ، كيابس العنب، يريد به أنَّ يابس هذه الأشياء لا يعدُّ فاكهةً فيجب أن يكون رطبها كذلك، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فاليابس في زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كانوا لا يتفكَّهون بِها وفي زمنهما يتفكهون فأفتىٰ كلٌّ بحسب ما شاهد في زمانه، وفي المحيط: العبرة للعرف، فما يؤكل على سبيل التفكه عادةً ويعدُّ فاكهةً في العرف يدخل تحت اليمين، وما لا فلا.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتَدِمُ فَكُلُّ شَيْءٍ أُصْطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ، ولفظ اصطبغ به على البناء للمفعول، وفي المغرب: الصبغ ما يصبغ به، ومنه الصبغ من الإدام لأنَّ الخبز يغمس فيه ويلوِّن به كالخلِّ والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخلِّ.

قوله: لِأَنَّ الإِدَامَ مِنَ المُوَادَمَةِ وَهِيَ المُوَافَقَةُ، قال صلى الله عليه وسلم لمغيرة بن

مِنَ الْمُوَادَمَةِ وَهِيَ الْمُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحْمِ وَالْبِيضِ وَنَحْوِهِ، وَلَهُمَا أَنَّ الإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا، وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الِاخْتِلَاطِ حَقِيقَةٌ لِيَكُونَ قَائِمًا بِهِ، وَفِي أَنْ لَا يُؤْكَلَ عَلَى الِانْفِرَادِ حُكْمًا، وَتَمَامُ الْمُوَافَقَةِ فِي الِامْتِزَاجِ أَيْضًا، وَالْخَلُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْمَائِعَاتِ لَا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ بَلْ يُشْرَبُ، وَالْمِلْحُ لَا يُؤْكَلُ بِانْفِرَادِهِ عَادَةً وَلِأَنَّهُ يَذُوبُ فَيَكُونُ تَبَعًا، بِخِلَافِ اللَّحْمِ وَمَا يُضَاهِيهِ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ وَحْدَهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ، وَالْعِنَبُ وَالْبِطِّيخُ لَيْسَا بِإِدَامٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَغَدَّىٰ فَالْغَدَاءُ الأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ وَالْعَشَاءُ مِنْ صَلَاةِ الظُّهْرِ إِلَىٰ نِصْفِ اللَّيْلِ) لِأَنَّ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ يُسَمَّىٰ عِشَاءً

شعبة رضي الله عنه حين خطب امرأةً أبصرها: فإنه أحرىٰ أن يؤدم بينكما، أي يوافق.

قوله: كَاللَّحْمِ وَالْبِيضِ وَنَحْوِهِ، كالجبن والسمك.

قوله: وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الِاخْتِلَاطِ حَقِيقَةٌ، يعني التبعية حقيقة في الاختلاط ليكون قائمًا فيه، والتبعية حكمًا في أن لا يؤكل وحده واللبن لا يتأتّىٰ فيه الأكل وحده لأنَّ ذلك يكون شربًا لا أكلاً، وكذا الخلُّ ونحوه من المائعات، وأمّا العنب والبطيخ قيل على الاختلاف، وذكر الإمام السرخسي رحمه الله تعالى أنه ليس بإدام بالإجماع، وهو الصحيح، والبقل ليس بإدام بالإجماع لأنَّ آكله لا يسمى مؤتدمًا.

قوله: فَالْغَدَاءُ الأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ، وهذا توسُّع في العبارة، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف، وذلك لأنَّ الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكله، وكذلك العشاء بالفتح والمدِّ اسم لطعام العشيِّ، كذا في المغرب.

وَلِهٰذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَىٰ صَلَاتَيِ العِشَاءِ فِي الحَدِيثِ (وَالسُّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَىٰ طُلُوعِ الفَجْرِ) لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنَ السَّحَرِ وَيُطْلَقُ عَلَىٰ مَا يَقْرُبُ مِنْهُ، ثُمَّ الغَدَاءُ وَالْعَشَاءُ مَا يُقْصَدُ بِهِ الشِّبَعُ عَادَةً وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلْدَةٍ فِي حَقِّهِمْ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الشِّبَعِ.

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَبِسْتُ أَوْ أَكَلْتُ أَوْ شَرِبْتُ فَعَبْدِي حُرٌّ، وَقَالَ عَنَيْتُ

قوله: وَلِهٰذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَىٰ صَلَاتَيِ العِشَاءِ، رُوِيَ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام انصرف من إحدى صلاتَي العشاء علىٰ ركعتين، أمَّا الظهر والعصر فسمَّى الراوي هاتين الصلاتين صلاتَي العشاء.

قوله: وَيُطْلَقُ عَلَىٰ مَا يَقْرُبُ مِنْهُ، السحور مأخوذ من السحر وإنه اسم آخر الليل قبل طلوع الفجر، فكان منتصف الليل قريبًا من السحر فيطلق عليه اسم السحر.

قوله: ثُمَّ الغَدَاءُ وَالْعَشَاءُ مَا يُقْصَدُ بِهِ الشِّبَعُ عَادَةً، حتَّىٰ لو أكل لقمةً أو لقمتين لا يحنث، ومقدار الغداء والعشاء أن ياكل أكثر من نصف الشبع.

قوله: وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلْدَةٍ فِي حَقِّهِمْ، يعني إن كانت خبزًا فخبز وإن كانت لحمًا فلحم، حتَّىٰ أنَّ الحضري لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث، والبدوي بخلافه لأنه غداء في البادية، والتضحي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الأكبر، ورُوِيَ عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال: إذا دخل ثلث الليل الأخير وكلمه لم يحنث لأنَّ وقت السحر ما قرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر، والمساء مساءان: أحدهما: أنه إذا زالت الشمس، والآخر: إذا غربت الشمس، فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتَّى يمسي فهذا علىٰ غيبوبة الشمس لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأول فيحمل على الثاني، كذا في الإيضاح.

شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي المَلْفُوظِ وَالثَّوْبُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَذْكُورٍ تَنْصِيصًا وَالْمُقْتَضَىٰ لَا عُمُومَ لَهُ فَلَغَتْ نِيَّةَ التَّخْصِيصِ فِيهِ (وَإِنْ قَالَ إِنْ لَبِسْتُ ثَوْبًا أَوْ أَكَلْتُ طَعَامًا أَوْ شَرِبْتُ شَرَابًا لَمْ يُدَنْ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ نكِرَةٌ فِي مَحَلِّ الشَّرْطِ فَتَعُمُّ فَعُمِلَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيصِ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يُدَيَّنُ فِي القَضَاءِ.

قوله: وَمَنْ قَالَ إِنْ لَبِسْتُ – إلى قوله – لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَغَيْرِهِ، أي لا يصدق قضاءً وديانةً لأنَّ النية تعمل في الملفوظ لأنَّها لتعيين ما احتمله اللفظ، والثوب وما يضاهيه غير ملفوظٌ وإنَّما ثبت مقتضًى ولا عموم للمقتضى عندنا فلم يحتمل التخصيص، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يصدق ديانةً لأنَّ للمقتضى عمومًا عنده، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وبه أخذ الخصَّاف رحمه الله تعالى، ولو قال: إن خرجتُ، ونوى السفر يصدق ديانةً لتنوعه إلى مديد وقصير فصحَّ تعيينه أحدهما، ولو نوى مكَّة لا يصدق قضاءً وديانةً، ولو حلف لا يساكن ونوى المساكنة في بيت واحد يُصدِّق، لأنه نوى أتمَّ ما يكون من المساكنة فإنَّ أعمَّ ما يكون من المساكنة في بلده والمطلق من المساكنة في العرف في دارٍ واحدةٍ وأتمَّ ما يكون من المساكنة في بيتٍ واحدٍ، فهذه النية أيضًا ترجع إلى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه، والأصل فيه عندنا أنه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول، كنية التخصيص في الملبوس والمطعوم والمشروب في مسئلة الكتاب، لا تصحُّ نيته، وكذا لو نوى تخصيص الحال بأن يقول لرجل وهو قائم والله لا أكلمه ونوى حالة قيامه لا يصحُّ، إلا أن يقول في يمينه لا أكلم هذا الرجل القائم، وكذا لو نوى تخصيص الصفة بأن يقول: لا أتزوج امرأة، ونوى كوفية أو بصرية لغت نيته، ولو نوى عجمية أو حبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْنَثْ) حَتَّىٰ يَكْرَعَ مِنْهَا كَرْعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِذَا شَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفُ المَفْهُومِ، وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلتَّبْعِيضِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الكَرْعِ وَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ، وَلِهٰذَا يَحْنَثُ بِالْكَرْعِ إِجْمَاعًا فَمُنِعَتِ المَصِيرَ إِلَى المَجَازِ وَإِنْ كَانَ مُتَعَارَفًا.

التخصيص في الجنس وذلك في لفظه، كذا في المبسوط.

قوله: حَتَّىٰ يَكْرَعَ مِنْهَا، الكرع تناول الماء بالفمِّ من موضعه، يقال: كرع الرجل في الإناء إذا مدَّ عُنُقه نحوه ليشربه، ومنه: كره عكرمة الكرع في النهر لأنه فعل البهيمة يدخل فيه أكارعه.

قوله: وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلتَّبْعِيضِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الكَرْعِ، أي حقيقة في أن يضع فاه على بعض الدجلة وفي الكرع ذلك، أو لابتداء الغاية وذلك في أن يكون ابتداء شربه من دجلة، والحقيقة مستعملة عرفًا وشرعًا، أمَّا عرفًا فظاهرٌ، وأمَّا شرعًا فلأنه جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم: «هل عندكم ماء باتٍ في الشنِّ وإلَّا كرعنا في الوادي» والحقيقة مرادة هنا ولهذا يحنث بالكرع إجماعًا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفًا، فإن قيل: لا نسلم أنَّ الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز، كما في قوله: لا يضع قدمه في دار فلان، ولمَّا كان كذلك وجب أن يحنث فيما إذا شربه بالاغترِاف لِمَا أنَّ الحكم في عموم المجاز كذلك، قلنا: الكرع من الفرات مستعمل والحكم يتَرتب على الحقيقة دون المجاز إذا كانت مستعملة، بخلاف قوله: لا يضع قدمه إلىٰ دار فلان، فإنَّ ذلك صار عبارةً عن الدخول في العرف، ولهذا لا يحنث بوضع القدم إذا لم يدخل، والاختلاف فيما إذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ مَاءِ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنِثَ) لِأَنَّهُ بَعْدَ الِاغْتِرَافِ بَقِيَ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ الشَّرْطُ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرِبَ مِنْ مَاءِ نَهْرٍ يَأْخُذُ مِنْ دِجْلَةَ (وَمَنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَشْرَبِ المَاءَ الَّذِي فِي هٰذَا الكُوزِ اليَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَيْسَ فِي الكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأُهْرِيقَ قَبْلَ اللَّيْلِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي ذٰلِكَ كُلِّهِ) يَعْنِي إِذَا مَضَى اليَوْمُ، وَعَلَى هٰذَا الخِلَافِ إِذَا كَانَ اليَمِينُ بِاللهِ تَعَالَىٰ، وَأَصْلُهُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ انْعِقَادِ اليَمِينِ وَبَقَائِهِ تَصَوُّرِ البِرِّ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ اليَمِينَ إِنَّمَا تُعْقَدُ لِلْبِرِّ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ البِرِّ لِيُمْكِنَ إِيجَابُهُ، وَلَهُ أَنَّهُ أَمْكَنَ القَوْلُ بِانْعِقَادِهِ مُوجِبًا

فيما إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة.

قوله: وَهُوَ الشَّرْطُ، أي كونه منسوبًا إلىٰ دجلة، بخلاف ما تقدَّم لأنَّ الشرط ثمَّة أن يكون ابتداء شربه من موضع يسمَّىٰ دجلةً أو بعض دجلة، ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصبَّ الماء في كوز آخر فشرب منه لم يحنث لتبدل النسبة، ولو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نَهْر آخر منه لم يحنث إجماعًا، أمَّا عنده فلأنه منصرف إلى الكرع، وأمَّا عندهما فلأنه مثل الفرات في إمساك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز، ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نَهْر آخر من الفرات حنث لأنَّ حلفه انعقد على ماء منسوب إلى الفرات والنسبة لا تنقطع بالأنْهار الصغار.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرِبَ مِنْ مَاءِ نَهْرٍ يَأْخُذُ مِنْ دِجْلَةَ، هذا إذا كان النهر الذي يأخذ من دجلة صغيرًا، أمَّا إذا كان كبيرًا تنقطع النسبة من دجلة.

لِلْبِرِّ عَلَىٰ وَجْهٍ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الخُلْفِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ. قُلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ الأَصْلِ لِيَنْعَقِدَ فِي حَقِّ الخُلْفِ وَلِهٰذَا لَا يَنْعَقِدُ الغَمُوسُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ (وَلَوْ كَانَتِ اليَمِينُ مُطْلَقَةً؛ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لَا يَحْنَثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَحْنَثُ فِي الحَالِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي يَحْنَثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ المُطْلَقِ وَالْمُوَقَّتِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ

قوله: وَلَوْ كَانَتِ اليَمِينُ مُطْلَقَةً - أي غير موقت بوقت وهو اليوم مثلاً - فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ - وهو ما إذا لم يكن في الكوز ماء - لَا يَحْنَثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ يَحْنَثُ فِي الحَالِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي - وهو ما إذا كان الماء موجودًا في الكوز فأهريق - يَحْنَثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

قوله: فَأَبُو يُوسُفَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ فَرَّقَ بَيْنَ المُطْلَقِ وَالْمُوَقَّتِ، أي في تنجُّز الحنث وتأخُّره فقال في المطلق تنجيز الحنث كما فرغ من اليمين، وفي الموقت باليوم يتأخر الحنث إلى آخر اليوم، وهما أيضًا فرّقا في الحنث وعدمه لكن في صورةٍ واحدةٍ وهو ما إذا كان الماء موجودًا وقت اليمين ثم أهريق فقالا في المطلق يحنث وفي الموقت باليوم لا يحنث، وجه الفرق لأبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنَّ في اليمين المطلق يجب البِرُّ كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلَّا في آخر الوقت، فإن قيل: التوقيت إنَّما يكون للتوسعة أن لو وجب الفعل عليه في الحال لولا ذكر الوقت، وليس كذلك فإنَّ من عقد يمينه على الفعل مطلقًا يجب عليه في آخر عمره كما في قوله: ليأتينَّ البصرة، فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة، قلنا: إنَّما ينتظر آخر العمر في فعل يرجىٰ بحقيقته كما في قوله: ليأتينَّ البصرة، وهذا بمعزل من ذلك لأنه لا يرجىٰ شرب الماء المعدوم فلا فائدةَ في الانتظار فيجب الفعل في الحال، ووجه الفرق لهما كذلك أنَّ

التَّوْقِيتَ لِلتَّوْسِعَةِ فَلَا يَجِبُ الفِعْلُ إِلَّا فِي آخِرِ الوَقْتِ فَلَا يَحْنَثُ قَبْلَهُ، وَفِي المُطْلَقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَدْ عَجَزَ فَيَحْنَثُ فِي الحَالِ وَهُمَا فَرَّقَا بَيْنَهُمَا، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ فِي المُطْلَقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ، فَإِذَا فَاتَ البِرُّ بِفَوَاتِ مَا عُقِدَ عَلَيْهِ اليَمِينُ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ

في المطلق يجب البِرُّ كما فرغ من اليمين ففوات المحلوف عليه بعد وجوب البِرِّ لا يمنع الحنث، كما إذا مات الحالف والماء باقٍ، فأمَّا في الموقت يجب البِرُّ في الجزء الأخير من الوقت، لِمَا عرف أنَّ اليمين متى عقدت على فعل لا يمتدُّ مضافًا إلى وقت تعيَّن الجزء الأخير للزوم الفعل ولا يحنث بتَرك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لأنَّ الوقت صار ظرفًا له لا معيارًا فيلزم في جزء من ذلك الوقت ويتعيَّن آخره، كصلاة الظهر في وقت الظهر يتعيَّن آخر الوقت، وكذا إذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لا يحنث في الحال بالإجماع أيضًا، وإنَّما الخلاف في الحنث بعد مضي الوقت، عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحنث وعندهما لا يحنث، وإذا ثبت أنَّ البِرَّ يجب في آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البِرِّ لإراقة الماء قبل ذلك فلا يجب البِرُّ ويبطل اليمين، فإن قيل: ينبغي أن يبقى اليمين ولا يبطل لأنَّ إعادة ذلك الماء مقدورٌ وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائزٌ، كما إذا حلف ليقلبنَّ هذا الحجر ذهبًا فأَوْلىٰ أن يبقى المعقود على تلك القدرة، قلنا: ابتداء اليمين انعقدت في الكوز على الممكن في الظاهر وعند الإراقة ما بقى ذلك الممكن ممكنًا فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت، أمَّا في مسئلة الحجر اليمين انعقدت ابتداءً على القدرة في الجملة لا على الإمكان الظاهر.

قوله: كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ، يعني إذا مات الحالف قبل تحقيق البِرِّ فإنه يحنث وتجب الكفارة خلفًا عن البِرِّ بحكم العجز الثابت عادةً وإن كان البِرُّ متصورًا بإعادة الحياة، فكذا هنا بعد الفراغ عن اليمين وجب أن يحنث بالعجز الثابت عادةً وتجب

وَالْمَاءُ بَاقٍ؛ أَمَّا فِي الْمُؤَقَّتِ فَيَجِبُ الْبِرُّ فِي الْجُزْءِ الأَخِيرِ مِنَ الوَقْتِ وَعِنْدَ ذٰلِكَ لَمْ تَبْقَ مَحَلِّيَّةُ البِرِّ لِعَدَمِ التَّصَوُّرِ فَلَا يَجِبُ البِرُّ فِيهِ فَتَبْطُلُ الْيَمِينُ كَمَا إِذَا عَقَدَهُ ابْتِدَاءً فِي هٰذِهِ الحَالَةِ.

الكفارة وإن كان البِرُّ متصورًا بإعادة الماء، فإن قيل: العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين أَوْلىٰ أن يمنعها من الانعقاد لأنَّ المنع أسهل من الرفع، قلنا: لمَّا تغاير العجزان جاز أن يكون الطارئ رافعًا والمقارن غير مانع، كالشيخ الفانِي عجزه عن الصوم لا يمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه يرفع الواجب حتى ينتقل إلى الفداء، وكذا لو تزوَّج أمةً بغير إذن مولاها انعقد النكاح ولا يكون حقُّ المولىٰ مانعًا من بقاء الانعقاد فإذا اشتراها من يحلُّ له وطئها يصير حقُّ المشتري رافعًا لذلك العقد ولا تعمل الإجازة، لِمَا عُرِف أنَّ الحل الباتَّ إذا طرء على حلٍّ موقوف أبطله، فإن قيل: إذا حلف ليقتلنَّ فلانًا وهو عالم بموته تنعقد يمينه على حياة تحدث فيه بإحداث الله تعالىٰ فلِمَ لا تنعقد اليمين في مسئلة الكوز على ماء يخلق الله تعالى في الكوز بعد اليمين؟ قلنا: إنَّ الله تعالىٰ لو خلق الماء في الكوز لم يكن هذا الماء محلوفًا عليه إذ المحلوف عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين، بخلاف مسئلة القتل فإنَّ الله تعالى لو خلق الحياة في الميِّت الفلانِي كان فلانًا بعينه، فلهذا لا فرق في مسئلة الكوز بعد أن يكون عالمًا بعدم الماء في الكوز أو لم يكن عالمًا وقت اليمين في الصحيح من الجواب، فإن قيل: هلَّا قدر اليمين كأنه قال لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز إن خلق فيه الماء كما في مسئلة القتل إن كان عالمًا بموته، قلنا: قوله لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الموجود كأنه أشار والإشارة إلى المعدوم لا تصحُّ، وإذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبَر بما لو نصَّ عليه ولو نصَّ عليه وقال لأشربنَّ الماء الموجود في هذا الكوز إن خلق لا يستقيم ويكون وصفًا منه للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يثبت اقتضاءً، فأمَّا في مسئلة القتل لو نصَّ عليه

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لَيَقْلِبَنَّ هٰذَا الحَجَرَ ذَهَبًا انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبَهَا) وَقَالَ زُفَرُ: لَا تَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً فَأَشْبَهَ المُسْتَحِيلَ حَقِيقَةً فَلَا يَنْعَقِدُ، وَلَنَا أَنَّ البِرَّ مُتَصَوَّرٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ الصُّعُودَ إِلَى السَّمَاءِ مُمْكِنٌ حَقِيقَةً؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ المَلَائِكَةَ يَصْعَدُونَ السَّمَاءَ وَكَذَا تَحَوُّلُ الحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحْوِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَإِذَا كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنْعَقِدُ اليَمِينُ مُوجِبًا لِخُلْفِهِ ثُمَّ يَحْنَثُ بِحُكْمِ العَجْزِ الثَّابِتِ عَادَةً، كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ فَإِنَّهُ يَحْنَثُ مَعَ احْتِمَالِ إِعَادَةِ

وقال لأقتلنَّ فلانًا إن عادت إليه الحياة كانت مستقيمًا فأمكن إثباته اقتضاءً.

قوله: انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبَهَا، هذا إذا حلف مطلقًا، وأما إذا وقت اليمين لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّ المَلَائِكَةَ يَصْعَدُونَ السَّمَاءَ، وكذا الجنَّ، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ﴾ [الجن: ٨] فلمَّا كانت السماء عينًا ممسوسةً بمحلوفٍ كان المسُّ متصوّرًا لمحلوفٍ آخر لا مستحيلاً لأنَّ مستحيل الوجود في نفسه لا يختلف بين محلوفٍ ومحلوف له فكان مستحيل الوجود في حقِّ الكل، كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون، وكذا تحوُّل الحجر ذهبًا بتحويل الله تعالىٰ كما يُحكى عن بعض الأخيار.

قوله: وَإِذَا كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنْعَقِدُ اليَمِينُ، وذلك لأنَّ الإيجاب من العبد معتبَر بالإيجاب من الله تعالىٰ واليمين جهة في إيجاب البرِّ والإيجاب من الله تعالىٰ يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف، ألا ترىٰ أنَّ الصومَ واجبٌ على الشيخ الفاني وإن لم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف، فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البرِّ فوجبت

الحَيَاةِ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الكُوزِ، لِأَنَّ شُرْبَ المَاءِ الَّذِي فِي الكُوزِ وَقْتَ الحَلِفِ وَلَا مَاءَ فِيهِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَمْ يَنْعَقِدْ.

الكفارة للعجز الثابت عادةً، كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم، كذا في الفوائد الظهيرية، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❋ ❋ ❋

بَابُ اليَمِينِ فِي الكَلَامِ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فُلَانًا فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ قَدْ كَلَّمَهُ وَوَصَلَ إِلَىٰ سَمْعِهِ لٰكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِنَوْمِهِ

باب اليمين في الكلام

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فُلَانًا فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ، اعلم أنَّ التكلم عبارة عن إسماعه كلامه، كما في تكلم نفسه فإنه عبارة عن إسماع نفسه، إلَّا أنَّ إسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدي إليه مقامه، وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الإسماع، كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ، وذكر في الذخيرة: لا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها، فإن كان موصولاً لم يحنث نحو أن يقول: إن كلمتكِ فأنتِ طالق فاذهبي أو قومي لأنَّ هذا من تمام الكلام الأول فلا يكون مرادًا باليمين، وكذلك إذا قال: واذهبي، إلا أن يريد بِهذا كلامًا مستأنفًا، فعلىٰ هذا لو قال الرجل لغيره إن ابتدأتك بالكلام فعبدي حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه معًا لم يحنث الحالف فيه، لأنَّ شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداءة والبداءة بالسبق، والحالف إن كلمه بالسلام إلَّا أنه لم يسبقه ويسقط اليمين عن الحالف بِهذا الكلام حتى لا يحنث أبدًا بحكم هذه اليمين لوقوع اليأس عن كلامه بصفة البداءة لأنَّ كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف إنَّما يوجد بعد كلام المحلوف عليه، وعن هذه المسئلة قلنا: إنَّ الرجل إذا قال لامرأته إن ابتدأتكِ بكلام فأنتِ طالق وقالت المرأة له إن ابتدأتك بكلام فجاريتي حرَّةٌ ثم إنَّ الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه، لأنَّ المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت:

فَصَارَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ لٰكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِتَغَافُلِهِ، وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ «الْمَبْسُوطِ» شَرَطَ أَنْ يُوقِظَهُ، وَعَلَيْهِ عَامَّةُ مَشَايِخِنَا، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَنَبَّهْ كَانَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ مِنْ بَعِيدٍ وَهُوَ بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ صَوْتَهُ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ حَتَّىٰ كَلَّمَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ الإِذْنَ مُشْتَقٌّ مِنَ الأَذَانِ الَّذِي هُوَ الإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الوُقُوعِ فِي الإِذْنِ، وَكُلُّ ذٰلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَحْنَثُ لِأَنَّ الإِذْنَ هُوَ الإِطْلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْآذِنِ كَالرِّضَا، قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ القَلْبِ،

إن ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئًا لها، ثمَّ المرأة بتكلمها لا تحنث في يمينها أيضًا لأنَّها ما ابتدأت بالكلام.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ لٰكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِتَغَافُلِهِ، فإنَّ هناك يحنث لأنه أوْقَع صوته في أذنه، وإن لم يفهم لتغافله أي لغفلته فيحنث، ألا ترىٰ أنه لو ناداه وهو بعيد يسمى هاذيًا ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديًا، كذا في المبسوط.

قوله: وَكُلُّ ذٰلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالسَّمَاعِ، فإن قيل: يشكل بما إذا أذَّن لعبده وهو لا يعلم صار مأذونًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، قلنا: إنَّ العبد كان من أهل التصرف بالآدمية إلَّا أنه كان محجورًا لحقِّ المولى فإذا أذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفاع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه، وأمَّا في اليمين فلما حرم كلامه باليمين إلَّا عند الإذن صار الإذن مثبتًا لإباحة الكلام للحالف فلا بُدَّ من الإعلام بذلك.

قوله: وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْآذِنِ كَالرِّضَا، يعني إذا حلف لا يكلمه إلَّا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث، لِمَا أنَّ الرضاء يتم

وَلَا كَذٰلِكَ الإِذْنُ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلَفَ) لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَتَأَبَّدَ اليَمِينُ فَذَكَرَ الشَّهْرَ لِإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ فَبَقِيَ الَّذِي يَلِيَ يَمِينَهُ دَخْلًا عَمَلًا بِدَلَالَةِ حَالِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ وَاللهِ لَأَصُومَنَّ شَهْرًا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ اليَمِينُ فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنَكَّرٌ

بالراضي فكذلك الإذن يتم بالآذن.

قوله: وَلَا كَذٰلِكَ الإِذْنُ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وهو قوله: لأنَّ الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام ولا يتحقق ذلك إلَّا بالسماع.

قوله: وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلَفَ – إلى قوله – عَمَلا بِدَلَالَةِ حَالِهِ، وهو الغيظ الذي لحقه في الحال لأنَّ الحامل على اليمين غيظٌ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ اليَمِينُ، إما لأنَّ قوله لأصومنَّ إثباتِيٌّ بخلاف قوله لا يكلمه فإنه عدميٌّ والعدمي يستغرق بخلاف الإثباتِي، ألا ترىٰ أنه كيف استغرق النهي في قوله لا يفعل ولم يستغرق الأمر في قوله افعل، وإمَّا لأنَّ الصوم غير صالح للتأبيد لتخلُّل الأوقات التي لا تصلح أن تكون محلًّا للصوم، بخلاف الامتناع عن الكلام فإنَّ الأوقات كلها سواء في حقه، فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنَكَّرٌ، ولم يتعين الشهر الذي يلي اليمين وبمثله إن تركت الصوم شهرًا يتعين الشهر الذي يليه، ولو قال صوم شهر لا يتعيَّن لأنَّ في الأول أدخل اللام فيه فاقتضى صوم العمر فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه عن اليمين، وفي الثاني أضاف الصوم إلى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى، فإن قيل: يشكل بما إذا قال: أمركِ بيدكِ شهرًا،

فَالتَّعْيِينُ إِلَيْهِ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ فِي صَلَاتِهِ لَا يَحْنَثُ، وَإِنْ قَرَأَ فِي غَيْرِ صَلَاتِهِ حَنِثَ) وَعَلَىٰ هٰذَا التَّسْبِيحُ وَالتَّهْلِيلُ وَالتَّكْبِيرُ، وَفِي الْقِيَاسِ يَحْنَثُ فِيهِمَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ كَلَامٌ حَقِيقَةً،

فإنه يتعين الذي يليه وإن كان لا يتأبّد إذا لم يذكر الشهر، قلنا: قوله أمركِ بيدكِ موجبه تفويض الطلاق إليها في الساعة ويقتصر على المجلس فذكر الشهر فيه لمدِّ الحكم من هذه الساعة إلى الشهر فتعيَّن الشهر إذ لو لم يتعين لا يكون لمدِّ الحكم من هذه الساعة إلى الشهر، بخلاف فصل الصوم فإنَّ قوله: والله لأصومنَّ، لا يتعين فيه الساعة ولا يقتصر على المجلس فافترَقا.

قوله: وَإِنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ فِي صَلَاتِهِ لَا يَحْنَثُ، وَإِنْ قَرَأَ فِي غَيْرِ صَلَاتِهِ حَنِثَ، لأنه متكلم بكلام الله تعالىٰ.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا التَّسْبِيحُ وَالتَّهْلِيلُ وَالتَّكْبِيرُ، أي لا يحنث بِها في الصلاة ويحنث بِها خارج الصلاة، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: إن عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلاة أيضًا للعرف فإنه يسمى قارئًا ومسبِّحًا لا متكلمًا، وعليه الفتوىٰ، وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى: لا يحنث خارج الصلاة إذا قرء أو سبَّح أو هلَّل لانصراف يمينه إلى كلام الناس، والقياس أن يحنث في الوجوه كلها لأنه كلام حقيقةً باعتبار أنه معنى ينافي السكوتَ والآفةَ والطفولةَ والخرسَ، والقرآن كلام الله تعالىٰ، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦] فالتكلم به له حكم التكلم، وكذا التسبيح والتهليل كلام أيضًا، قال عليه الصلاة والسلام: «إنَّ الله تعالى اختار من الكلام أربعًا، هُنَّ من القرآن وليس بقرآن: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر».

وَلَنَا أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ لَيْسَ بِكَلَامٍ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ صَلَاتَنَا هٰذِهِ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ» وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنَثُ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّىٰ مُتَكَلِّمًا بَلْ قَارِئًا وَمُسَبِّحًا (وَلَوْ قَالَ يَوْمَ أُكَلِّمُ فُلَانًا فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ) لِأَنَّ اسْمَ اليَوْمِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ، قَالَ

قوله: فِي الصَّلَاةِ لَيْسَ بِكَلَامٍ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا، أمَّا عرفًا فظاهر، وأمَّا شرعًا فلأنَّ الشرع لم يجعل القارئ في الصلاة متكلِّمًا حيث قال: لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، والقراءة مشروعة فلا تكون كلامًا.

قوله: لِأَنَّ اسْمَ اليَوْمِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ، اعلم أنَّ لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقًا وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتَرَكًا وبطريق المجاز عند الأكثر، وهو الصحيح، لأنَّ حمل الكلام على المجاز أوْلىٰ من حمله على الاشتِراك عند تعارض المجاز والاشتِراك لأنَّ المجاز في الكلام أكثر فيحمل على الأغلب، ثم لا شكَّ أنه ظرفٌ فإن كان مظروفه ممَّا يمتدُّ وهو ما يصحُّ فيه ضرب المدَّة أي يصحُّ تقديره بمدة كاللبس والمساكنة والركوب ونحوها فإنه يصح أن يقدَّر بزمان يقال: لبست هذا الثوب يومًا، وركبت هذه الدابة يومًا، وساكنته في دار واحدة شهرًا، يحمل على بياض النهار لأنه يصلح مقدرًا له فكان الحمل عليه أوْلىٰ، وإن كان مظروفه ممَّا لا يمتدُّ كالخروج والدخول والقدوم إذ لا يصح تقدير هذه الأفعال بزمان يحمل على مطلق الوقت اعتبارًا للتناسب، واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى في قوله: إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ، ذكر بعضهم: أنَّ الفعل المقرون به هو الذي تنصب به اليوم كالأمر باليد في قوله: أمركِ بيدكِ يوم يقدم فلان، فإنه مما يمتد فلهذا اختصَّ ببياض النهار، وذكر بعضهم: أنَّ الفعل المقرون به هو الذي أضيف

اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالْكَلَامُ لَا يَمْتَدُّ (وَإِنْ عَنِيَ النَّهَارَ خَاصَّةً دِينَ فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ أَيْضًا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَدِينُ فِي القَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ المُتَعَارَفِ (وَلَوْ قَالَ لَيْلَةَ أُكَلِّمُ فُلَانًا فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي سَوَادِ اللَّيْلِ كَالنَّهَارِ لِلْبَيَاضِ خَاصَّةً، وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الوَقْتِ.

إليه اليوم كما في قوله: يوم أكلم فلانًا فامرأته طالقٌ حيث قال: والكلام مما لا يمتد فحمل علىٰ مطلق الوقت، وكذا قوله: يوم أتزوجك فأنتِ طالقٌ، فتزوَّجها ليلاً طُلقت لأنَّ التزوج مما لا يمتد جعل الفعل المقرون به التزوُّج، والمسائل في الجامع الصغير وغيره، لكن هذا تسامح في العبارة لما لم يختلف الجواب فيما إذا كان المضاف إليه مما لا يمتدُّ، وكذا الجزاء كالطلاق والحرية تسامحوا في ذلك فجعلوا الفعل المقرون به هو المضاف إليه، أمَّا فيما إذا كان المضاف إليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالأمر باليد في قوله: أمركِ بيدكِ يوم يقدم فلان، اعتبَروا الجزاء وحملوه علىٰ بياض النهار أخذًا بالتحقيق فظَهَرَ من هذا أنَّ المراد بالفعل المقرون به هو الجزاء لا المضاف إليه.

قوله: وَالْكَلَامُ لَا يَمْتَدُّ، فإن قيل: الكلام يمتدُّ ولهذا يقبل التوقيت فيقال: كلمت إلى المساء، كما يقال: لبست يومًا، قلنا: الكلام عرض والعرض لا يقبل الامتداد لذاته، وإنَّما جعل ممتدًا بتجدد أمثاله كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك، إلا أنَّ استدامة الركوب وأمثاله في المرَّة الثانية مثل الأولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد، أمَّا الكلام الثاني لا يكون مثل الأول من كل وجهٍ إذ يكون بعضه خبَرًا وبعضه أمرًا وبعضه نَهيًا فلم يستقم القول فيه بتجدُّد الأمثال.

قوله: وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الوَقْتِ، أي المذكور بعبارة الفرد، أمَّا إذا ذكر

(وَلَوْ قَالَ إِنْ كَلَّمْتُ فُلَانًا إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ فُلَانٌ أَوْ قَالَ حَتَّىٰ يَقْدَمَ فُلَانٌ أَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فُلَانٌ أَوْ حَتَّىٰ يَأْذَنَ فُلَانٌ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَكَلَّمَهُ قَبْلَ القُدُومِ وَالْإِذْنِ حَنِثَ، وَلَوْ كَلَّمَهُ بَعْدَ القُدُومِ وَالْإِذْنِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ غَايَةٌ وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الغَايَةِ وَمُنْتَهِيَةٌ بَعْدَهَا فَلَا يَحْنَثُ بِالْكَلَامِ بَعْدَ انْتِهَاءِ اليَمِينِ (وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ سَقَطَتِ اليَمِينُ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ

بلفظ الجمع فلا يختصُّ بسواد الليل كما في قول الشاعر (١):

[من الطويل]

وَكُنَّا حَسِبْنَا كُلَّ سَوْدَاءَ تَمْرَةً * لَيَالِيَ لَاقَيْنَا جُذَامًا وَحِمِيرَا

والمراد به الوقت.

قوله: لِأَنَّهُ غَايَةٌ، أمّا في كلمة حتى فظاهرٌ لأنَّها للغاية قال الله تعالى: ﴿هِيَ حَتَّىٰ مَطْلَعِ ٱلْفَجْرِ﴾ [القدر: ٥] وكذا إلَّا أن، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ﴾ إلىٰ أن قال: ﴿إِلَّآ أَن تُغْمِضُوا۟ فِيهِ﴾ [البقرة: ٢٦٧] معناه والله أعلم حتَّىٰ تغمضوا فيه، وكذا قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، فإن قيل: كلمة «إلَّا أن» للشرط بدليل أنه لو قال: أنتِ طالق إلَّا أن يقدم فلان، فهو بمنزلة قوله: إن لم يقدم لان، قلنا: هي للغاية فيما يحتمل التأقيت، والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو ال لها أنتِ طالق شهرًا يتأبّد وهذا لأنَّ كلمة إلَّا للاستثناء حقيقةً، وبينه وبين الغاية

---

(١) الشَّاعِر هو زفر بن الحَارِث، ابن عمرو بن معاذ الكلابي، شهد صفين ومرج راهط، توفي في خلافة عبد الملك بن مروان نحو سنة ٧٥ هـ. (الأعلام ٣/ ٤٥) انظر: جمهرة الأمثال للعسكري (٢/ ٢٢٩) رقم (١٩٢٩) طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

لِأَنَّ المَمْنُوعَ عَنْهُ كَلَامٌ يَنْتَهِي بِالْإِذْنِ وَالْقُدُومِ وَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ المَوْتِ مُتَصَوَّرُ الوُجُودِ فَسَقَطَتِ اليَمِينُ، وَعِنْدَهُ التَّصَوُّرُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعِنْدَ سُقُوطِ الغَايَةِ تَتَأَبَّدُ اليَمِينُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَنْوِ عَبْدًا بِعَيْنِهِ أَوِ امْرَأَةَ فُلَانٍ أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ فَبَاعَ فُلَانٌ عَبْدَهُ أَوْ بَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ أَوْ عَادَىٰ صَدِيقَهُ

مناسبة من حيث إنَّ حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها، كما أنَّ حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده، فإن تعذَّر حمله على الاستثناء ينظر إن دخل على ما يتوقت حمل على الغاية كما في مسئلة الكتاب، وإن دخل على ما لا يتوقت كالطلاق حمل على الشرط، لأنَّ بين الشرط والاستثناء مناسبة أيضًا من حيث إنَّ حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده، إلَّا أنَّ مناسبة الغاية أكثر لأنَّ في الاستثناء حكم الكلام ثابت في المستثنى منه في الحال، وكذا حكم الكلام ثابت في المغيا قبل وجود الغاية، أمَّا في الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يتعذَّر حمله على الغاية، وإنَّما جعل مجازًا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشيء واشتراط عدمه من المشابَهة، فإنَّ الشيء إذا استثنى عن حكم فذلك الحكم لا يثبت عند وجوده وإنَّما يثبت عند عدمه فيجعل استثناء القدوم مجازًا عن اشتراط عدم القدوم، فيصير كأنه قال: أنتِ طالق إن لم يقدم فلان، وهذا لأنه جعل القدوم رافعًا للطلاق فيكون القدوم علمًا على عدم الطلاق، فصار عدمه علمًا على الوقوع ضرورةً.

قوله: لِأَنَّ المَمْنُوعَ عَنْهُ كَلَامٌ يَنْتَهِي بِالْإِذْنِ وَالْقُدُومِ، يعني الممنوع باليمين كلام ينتهي منعه بالإذن والقدوم له، وبعد ما مات فلأن لم يبق الكلام بهذه الصفة متصور الوجود فسقطت اليمين، كما في مسئلة الكوز.

فَكَلَّمَهُمْ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَىٰ فِعْلٍ وَاقِعٍ فِي مَحَلٍّ مُضَافٍ إِلَىٰ فُلَانٍ، إِمَّا إِضَافَةُ مِلْكٍ أَوْ إِضَافَةُ نِسْبَةٍ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَا يَحْنَثُ، قَالَ هٰذَا فِي إِضَافَةِ المِلْكِ بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي إِضَافَةِ النِّسْبَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنَثُ كَالْمَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ، قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: لِأَنَّ هٰذِهِ الإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ لِأَنَّ المَرْأَةَ وَالصَّدِيقَ مَقْصُودَانِ بِالْهِجْرَانِ فَلَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا فَيَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بِعَيْنِهِ كَمَا فِي الإِشَارَةِ، وَوَجْهُ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ هِجْرَانَهُ لِأَجْلِ المُضَافِ إِلَيْهِ وَلِهٰذَا لَمْ يُعَيِّنْهُ فَلَا يَحْنَثُ بَعْدَ زَوَالِ الإِضَافَةِ بِالشَّكِّ (وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَىٰ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ بِأَنْ قَالَ عَبْدُ فُلَانٍ هٰذَا أَوِ امْرَأَةُ فُلَانٍ بِعَيْنِهَا أَوْ صَدِيقُ فُلَانٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ فِي العَبْدِ وَحَنِثَ فِي المَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ فِي العَبْدِ أَيْضًا) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ هٰذِهِ فَبَاعَهَا ثُمَّ دَخَلَهَا فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ) وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّ الإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ لِكَوْنِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرِكَةِ، بِخِلَافِ الإِضَافَةِ فَاعْتُبِرَتِ الإِشَارَةُ وَلُغِيَتِ الإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرْأَةِ، وَلَهُمَا أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى اليَمِينِ مَعْنًى فِي المُضَافِ إِلَيْهِ لِأَنَّ هٰذِهِ الأَعْيَانَ لَا تُهْجَرُ وَلَا تُعَادَىٰ لِذَوَاتِهَا، وَكَذَا العَبْدُ لِسُقُوطِ مَنْزِلَتِهِ بَلْ لِمَعْنًى فِي مُلَّاكِهَا فَتَتَقَيَّدُ

قوله: وَلِهٰذَا لَمْ يُعَيِّنْهُ، أي بالإشارة لم يقل: امرأة فلان هذه، أو: صديق فلان هذا.

الْيَمِينُ بِحَالِ قِيَامِ المِلْكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الإِضَافَةُ إِضَافَةَ نِسْبَةٍ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرْأَةِ لِأَنَّهُ يُعَادَىٰ لِذَاتِهِ فَكَانَتِ الإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَالدَّاعِي لِمَعْنًى فِي المُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هٰذَا الطَّيْلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ هٰذِهِ الإِضَافَةَ لَا تَحْتَمِلُ إِلَّا التَّعْرِيفَ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لَا يُعَادَىٰ لِمَعْنًى فِي الطَّيْلَسَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهِ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هٰذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَدْ صَارَ شَيْخًا حَنِثَ) لِأَنَّ الحُكْمَ تَعَلَّقَ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ إِذِ الصِّفَةُ فِي الحَاضِرِ لَغْوٌ، ....

قوله: وَالدَّاعِي لِمَعْنًى فِي المُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ، أي لأنه لم يعين أي لم يقل: لا أكلم صديق فلان لأنَّ فلانًا عدوٌّ لي، بخلاف ما تقدم أي من مسئلة الدار والثوب والعبد لأنَّ الداعي لمعنًى في المضاف إليه فيها ظاهر لأنَّ تلك الأعيان لا تُهجر لذواتِها، أمَّا غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لأنه لخسته وسقوط منزلته أُلحق بالجمادات فيباع في الأسواق كما تباع البهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الإضافة معتبَرةً فلا يحنث بعد زوالها، فإن قيل: يحتمل أن يكون الهجران لأجل ذات الدار والدابة على ما قيل الشؤم في الثلاث: في الدار والمرأة والفرس، قلنا: ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما أنَّ هذه الأعيان لا تُهجر ولا تعادىٰ عادةً لذواتِها، وما قلنا من هجران هذه الأعيان بسبب ملاكها مؤيَّد بالعرف فكان أَوْلىٰ.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهِ، أي قال: لا أكلم صاحب الطيلسان هذا، وإن كلَّم المشتري لا يحنث لما بينا.

وَهٰذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

قوله: وَهٰذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ، جوابُ سؤال يرد على قوله: إذ الصفة في الحاضر لغو، بأن يقال: الصفة قد اعتبرت في الحاضر في قوله: لا تأكل هذا الرطب حتى لا يحنث إذا أكله بعد ما صار تمرًا، فأجاب أنَّ الصفة إنما تعتبر في الحاضر إذا كانت داعيةً إلى اليمين وهذه الصفة غير داعية إلى اليمين فلم تعتبر في الحاضر.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، أي فيما إذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكله بعد ما صار شاةً لم يحنث، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ

[اليَمِينُ المُتَعَلِّقُ بالزَّمانِ]

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوِ الحِينَ أَوِ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَىٰ سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِأَنَّ الحِينَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ القَلِيلُ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى الإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥] وَهٰذَا هُوَ الوَسَطُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ اليَسِيرَ لَا يُقْصَدُ

فصل

[اليمين المتعلّق بالزمان]

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوِ الحِينَ أَوِ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَىٰ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وإنما استوى المعرّف والمنكر لأنَّ ستة أشهر لمَّا صارت معهودةً فيما انصرف التعريف إلى المعهود.

قوله: لِأَنَّ الحِينَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ القَلِيلُ، قال الله تعالى: ﴿حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧] أي ساعة تمسون وساعة تصبحون والمراد به وقت الصلاة، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾، والمراد به أربعون سنةً، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥] وإنه ستة أشهر من حين يخرج الطلع إلىٰ أن يدرك الثمر، فعند الإطلاق يحمل على الوسط من ذلك فإنَّ خير الأمور أوْسَاطها، وإنَّا نعلم أنه لم يرد الساعة لأنَّ الغضبان لا يعزم على ترك الكلام ساعةً ولا يحلف على ذلك، ونعلم أنه لم يرد به أربعين سنةً لأنه إن أراد ذلك يقول أبدًا لأنه بمنزلة الأبد أو يسكت.

بِالْمَنْعِ لِوُجُودِ الِامْتِنَاعِ فِيهِ عَادَةً، وَالْمُؤَبَّدُ لَا يُقْصَدُ غَالِبًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَبَدِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ يَتَأَبَّدُ فَيَتَعَيَّنُ مَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا الزَّمَانُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ الحِينِ، يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حِينٍ وَمُنْذُ زَمَانٍ بِمَعْنًى، وَهٰذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، أَمَّا إِذَا نَوَىٰ شَيْئًا فَهُوَ عَلَىٰ مَا نَوَىٰ لِأَنَّهُ نَوَىٰ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ.

(وَكَذٰلِكَ الدَّهْرُ عِنْدَهُمَا، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لَا أَدْرِي مَا هُوَ) وَهٰذَا الِاخْتِلَافُ فِي المُنَكَّرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، أَمَّا المُعَرَّفُ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الأَبَدُ عُرْفًا، لَهُمَا أَنَّ دَهْرًا يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ الحِينِ وَالزَّمَانِ يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حِينٍ وَمُنْذُ دَهْرٍ بِمَعْنًى وَأَبُو حَنِيفَةَ تَوَقَّفَ فِي تَقْدِيرِهِ لِأَنَّ اللُّغَاتِ لَا تُدْرَكُ قِيَاسًا وَالْعُرْفُ لَمْ يُعْرَفَ اسْتِمْرَارُهُ

قوله: وَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ يَتَأَبَّدُ، أي لو سكت عن ذكر الحين وقال: لا يكلم فلانًا يكون على الأبد، فلمَّا ذكر حينًا مع ذلك وجب أن يستفاد منه معنًى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره، وتلك الفائدة يجب أن لا يكون الزمان اليسير ولا أربعين سنةً لما ذكرنا آنفًا فتعيَّن ما قلنا وهو ستة أشهر.

قوله: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ: الدَّهْرُ لَا أَدْرِي مَا هُوَ، أي في حكم التقدير لأنَّ الدهر مخالف للحين والزمان إذ معرّفه يقع على الأبد، بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسًا.

قوله: وَهٰذَا الِاخْتِلَافُ فِي المُنَكَّرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، قيَّد به لما روىٰ بشر عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنَّ المعرف والمنكر عنده سواء.

قوله: وَالْعُرْفُ لَمْ يُعْرَفَ اسْتِمْرَارُهُ، جواب عن قولهما أنَّ دهرًا يستعمل استعمال

لِاخْتِلَافٍ فِي الِاسْتِعْمَالِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ اسْمُ جَمْعٍ ذُكِرَ مُنَكَّرًا فَيَتَنَاوَلُ أَقَلَّ الجَمْعِ وَهُوَ الثَّلَاثُ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الأَيَّامَ فَهُوَ عَلَىٰ عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَىٰ أَيَّامِ الأُسْبُوعِ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلَىٰ عَشَرَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا لِأَنَّ اللَّامَ لِلْمَعْهُودِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ يَدُورُ عَلَيْهَا، وَلَهُ أَنَّهُ جَمْعٌ مُعَرَّفٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ أَقْصَىٰ مَا يُذْكَرُ بِلَفْظِ الجَمْعِ وَذٰلِكَ عَشَرَةٌ.

الحين والزمان لاختلاف في الاستعمال، قال الله تعالى: ﴿وَمَا يُهْلِكُنَآ إِلَّا ٱلدَّهْرُ﴾ [الجاثية: ٢٤] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تسبّوا الدَّهرَ فإنَّ الله هو الدهرُ» فكان مجملاً والتوقف في المجمل آية العِلم، والخوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة، والتقدير أمارة القصور، وتأويل الحديث أنَّ العرب كانوا يزعمون أنَّ الدهر هو المهلك على ما قال الله تعالى: ﴿وَمَا يُهْلِكُنَآ إِلَّا ٱلدَّهْرُ﴾ وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه الصلاة والسلام قال: «لا تسبُّوا مهلك الخلق ومفنيهم فإنَّ الله تعالى هو المهلك»، إلَّا أنه مع هذا احتشم وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط، وهو كما رُوِيَ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام سُئِل عن خير البقاع فقال: «لا أدري حتى أسأل جبْريل، فسأل جبْريل عليه السلام فقال: لا أدري حتى أسأل ربي، فصعد السماء ثم نزل وقال: سألتُ ربي عن ذلك فقال: خير البقاع المساجد، وخير أهلها من أن يكون أول الناس دخولاً وآخرهم خروجًا» فعرفنا أنَّ التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان.

قوله: فَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ أَقْصَىٰ مَا يُذْكَرُ بِلَفْظِ الجَمْعِ وَذٰلِكَ عَشَرَةٌ، لأنَّ اسم الأيَّام

(وَكَذَا الجَوَابُ عِنْدَهُ فِي الجُمَعِ وَالسِّنِينَ) وَعِنْدَهُمَا يَنْصَرِفُ إِلَى العُمُرِ لِأَنَّهُ لَا مَعْهُودَ دُونَهُ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ خَدَمْتَنِي أَيَّامًا كَثِيرَةً

ينتهي بالعشرة إذا كان مقرونًا بالعدد يقال: ثمانية أيام وعشرة أيام، فإذا جاوز العشرة لا يُسَمَّىٰ أيامًا مقرونًا بالعدد يقال: أحد عشر يومًا، ولا يقال: أحد عشر أيام فثبت أنَّ معهود الأيام عشرة، وكذلك الجواب عنده في الجمع والسنين أنه ينصرف إلى العشرة لأنَّ العشرة معهود بلفظ الأيام ونحوها لأنَّها أكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع، فإذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الأكثر حملاً على الاستغراق، وهذا لأنَّ الكل من الأيام عشرة والأقل ثلاثة والكل من الأقلِّ بمنزلة العام من الخصوص والأصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على الكلِّ ما لم يقم الدليل على الأقل، فكان الصرف إلى تعريف هذا المعهود أَوْلىٰ من الصرف إلى تعريف الأسبوع فإن الأسبوع ينتهي أيامها بأساميها واللام إنَّما دخلت على الأيام فالصرف إلى تعريفها في نفسها أَوْلىٰ، فإن قيل: إنَّما تنتهي الأيام إلى عشرة لغة إذا كانت مقرونةً بالعدد لا مطلقةً، فإنَّ الله تعالى قال: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١٤٠] ولا يراد بها العشرة قصرًا عليها والأيام هنا ذكرت مطلقة عن العدد، قلنا: اسم الجمع للعشرة وما دونَها إلى الثلاثة حقيقةً حالتي الإطلاق واقترانه بالعدد، وهو اسم لما زاد على العشرة عند الإطلاق لا عند الاقتران بالعدد، والشيء متىٰ كان اسمًا للشيء في جميع الأحوال كان أثبت ممَّا هو اسم له في حالٍ دون حالٍ، ولأنَّ الزائد على العشرة أيام عند الإطلاق ويوم عند اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الأيام التي هي اسم جنس من كل وجه، فإن قيل: إذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشتري العبيد لا ينصرف إلى العشرة بل إلى الواحد، قلنا: الفرق بين جميع الأزمان وجميع الأعيان من وجهين: أحدهما: أنه تعذَّر الصرف إلى كل الجنس في جميع الأعيان فينصرف إلى الأدنىٰ لا محالة، بيانه أنَّ معنى الجمع لو كان مرعيًا في جميع الأعيان فالحنث في الوجود مفتقر إلى ذلك الفعل في كل فرد من أفراد الزمان، بدليل أنَّ من حلف

فَأَنْتَ حُرٌّ فَالْأَيَّامُ الكَثِيرَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَشَرَةُ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ أَكْثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الأَيَّامِ، وَقَالَا: سَبْعَةُ أَيَّامٍ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَيْهَا تَكْرَارٌ، وَقِيلَ لَوْ كَانَ اليَمِينُ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ سَبْعَةِ أَيَّامٍ لِأَنَّهُ يُذْكَرُ فِيهَا بِلَفْظِ الفَرْدِ دُونَ الجَمْعِ.

لا يكلم فلانًا عشرة أيام يحنث بكلامه في يوم منها، ولو حلف لا يشتري عشرة أثواب لم يحنث بشراء ثواب واحد، والثاني: أنَّ في سائر جمع الأعيان لو بقي معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ إلى عدد من الأعداد يبقىٰ جمعًا منكرًا فيبطل حرف التعريف حينئذٍ، بخلاف جميع الأزمان لأنَّه يتعيَّن ما يلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكرًا فأمكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من وكل وجهٍ فانعدمت الضرورة الداعية إلىٰ سقوط اعتبار الجمعية، ثم عندهما في الجمع والسنين ينصرف إلى العمر كله، وفي قوله: لا يتزوَّج النساء، لم ينصرف إلىٰ جميع نساء العالَم لأنَّ المقصود من اليمين المنع من التزوج وذلك ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه، وهنا لو حمل على منع نفسه عن التكلم مدَّة عُمره يحنث بكلامٍ واحدٍ فتفيد اليمين فائدته فافترَقا.

قوله: لِأَنَّهُ أَكْثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الأَيَّامِ، وهذا لأنه لمَّا ذكر الكثرة تبيَّن أنه لم يرد به أقلَّ الجمع، وليس بعض الأعداد فوق الثلاث بأَوْلىٰ من البعض فينصرف إلى المعهود للفظ الأيَّام، وقيل: لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف إلىٰ سبعة أي إجماعًا لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد، يعني في الفارسية لا تفاوت بين ما فوق العشرة وما تحتها فإنه يقال «ده روز» و «يازده روز» فلم ينصرف لفظ الجمع إلى العشر ة ولا كذلك العربية، فالحاصل: أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالى إنَّما صرف الأيام إلى العشرة باعتبار أنَّ العشرة أقصىٰ ما ينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا في الفارسية، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ اليَمِينِ فِي العِتْقِ وَالطَّلَاقِ

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا طَلُقَتْ، وَكَذٰلِكَ إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ) لِأَنَّ المَوْجُودَ مَوْلُودٌ فَيَكُونُ وَلَدًا حَقِيقَةً وَيُسَمَّىٰ بِهِ فِي العُرْفِ، وَيُعْتَبَرُ وَلَدًا فِي الشَّرْعِ حَتَّىٰ تَنْقَضِيَ بِهِ العِدَّةُ، وَالدَّمُ بَعْدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ فَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ وَهُوَ وِلَادَةُ الوَلَدِ (وَلَوْ قَالَ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الحَيُّ وَحْدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ المَيِّتِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا فَتَنْحَلُّ اليَمِينُ

باب اليمين في العتق والطلاق

قوله: عَتَقَ الحَيُّ وَحْدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إنَّما قال وحده لأنه لا يعتق ما ولد بعده.

قوله: وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ المَيِّتِ، فتنحل اليمين، وذلك لأنَّ الشرط في اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال اليمين لا يتوقَّف على نزول الجزاء أي تنحل اليمين وإن لم ينزل الجزاء، ألا ترىٰ أنه لو قال لامرأته إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق فدخلت الدار بعد ما أبانَها وانقضت عدتُها تنحل اليمين لا إلىٰ جزاء لأنَّ الطلاق معلق بمطلق الدخول وقد وجد، وصار هذا كما إذا كان المعلق به عتق عبد آخر، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ شرط انحلال اليمين ولادة ولد حيٍّ نظرًا إلى

لَا إِلَىٰ جَزَاءٍ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْحُرِّيَّةِ وَهِيَ الجَزَاءُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الحَيَاةِ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِثْبَاتَ الحُرِّيَّةِ جَزَاءً وَهِيَ قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ تَظْهَرُ فِي دَفْعِ تَسَلُّطِ الغَيْرِ وَلَا تَثْبُتُ فِي المَيِّتِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ الحَيَاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا حَيًّا، بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الأُمِّ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا.

(وَإِذَا قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَىٰ عَبْدًا عَتَقَ) لِأَنَّ الأَوَّلَ اسْمٌ لِفَرْدٍ سَابِقٍ (فَإِنِ اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ آخَرَ لَمْ يُعْتَقْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ) لِانْعِدَامِ التَّفَرُّدِ فِي الأَوَّلَيْنِ وَالسَّبَقِ فِي الثَّالِثِ فَانْعَدَمَتِ الأَوَّلِيَّةُ

وصفه إيَّاه بالحرية، وبه فارق ما ذكر من النظائر لأنَّ الجزاء هناك ليس وصفًا للشرط، وفي الإيضاح: لو قال: أوَّل عبد يدخل عليَّ فهو حُرٌّ، فأدخل عليه عبد ميت ثم حيَّ عتق الحيُّ، ولم يذكر خلافًا، والصحيح أنه بالاتفاق لأن اسم العبد بعد الموت لا يبقىٰ في التحقيق لأنَّ الرقَّ يبطل بالموت.

قوله: فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ الحَيَاةِ، تصحيحًا لكلام القائل، إذ لو لم يقيد بالحياة صار لغوًا فصار كما لو قال: إن ضربت فلانًا، يتقيَّد بضربه حيًّا تصحيحًا للشرط، إذ معنى الضرب وهو الإيلام بعد الموت لا يتحقق، بخلاف ما إذا كان الجزاء طلاقًا أو حرية أمِّ الولد لأنه لا يصلح مقيدًا لأنه مستغن عن حياة الولد فبقي مطلقًا، فإن قيل: لو قال: إن اشتريت عبدًا فهو حر، فاشترىٰ عبدًا لغيره ثم اشترىٰ عبدًا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالأول ولم يتقيَّد ضرورة وصفه إيَّاه بالحرية، قلنا: الذي اشتراه لغيره محل للإعتاق فانحلت اليمين، أمَّا الولد الميِّت فليس بمحل للإعتاق لأنه بصفة الحياة يصير محلًّا للحرية.

(وَإِنْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّالِثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّفَرُّدُ فِي حَالَةِ الشِّرَاءِ لِأَنَّ وَحْدَهُ لِلْحَالِ لُغَةً وَالثَّالِثُ سَابِقٌ فِي هٰذَا الوَصْفِ (وَإِنْ قَالَ آخِرُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَىٰ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ الآخَرَ اسْمٌ لِفَرْدٍ لَاحِقٍ وَلَا سَابِقَ لَهُ فَلَا يَكُونُ لَاحِقًا.

قوله: وَإِنْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ- فاشترىٰ عبدين ثم عبدًا - عَتَقَ الثَّالِثُ، ولو قال أوَّل عبد أشتريه وحده لا يعتق الثالث، والفرق أنَّ وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغير في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات والواحد يقتضي الانفراد في الذات ويؤكِّد أحد موجبي الأول، ألا ترىٰ أنه يصحُّ أن يقال في الدار رجل واحد وإن كان معه امرأة لأنَّه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار، ولا يصحُّ أن يقال وحده لأنه يقتضي وصف التفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا الانفراد في ذاته وهي الرجولية، وإذا ثبت هذا فقوله: أملكه وحده، يقتضي التفرد في الملك والعبد الثالث متصف بِهذه الصفة فيعتق، فصار كما لو قال أوَّل عبد أسود أملكه فهو حرٌّ فملك أبيضين ثم أسود عتق الأسود لتعلق العتق بعبد متصف بصفة التفرد في السواد والثالث متصف بِهذه الصفة، وقوله أملكه وحده صفة للعبد فيقتضي التفرد في الذات ويؤكد أحد موجبي الأولية فلم يتغير الحكم فيه وجرىٰ وجوده مجرى عدمه فيما يرجع إلىٰ إفادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقًا بعبدٍ متصفٍ بصفة التفرد في الذات والثالث ليس بِهذه الصفة.

قوله: لِأَنَّ وَحْدَهُ لِلْحَالِ لُغَةً، فإن قيل: قال في الكتاب أول عبد أملكه واحدًا فوجب أن لا يحتمل غير الحال وصارت نظير وحده، قلنا: لعلَّ زيادة الألف وقع خطأ من بعض الكُتَّاب لأنَّ العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعتًا، ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدًا ونصف عبد عتق العبد الكامل لأنَّ نصف العبد ليس بعبد

(وَلَوِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا ثُمَّ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الآخَرُ) لِأَنَّهُ فَرْدٌ لَاحِقٌ فَاتَّصَفَ بِالْآخِرِيَّةِ (وَيُعْتَقُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - حَتَّىٰ يَعْتَبِرَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَقَالَا: يُعْتَقُ يَوْمَ مَاتَ) حَتَّىٰ يُعْتَبَرَ مِنَ الثُّلُثِ لِأَنَّ الآخِرِيَّةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِعَدَمِ شِرَاءِ غَيْرِهِ بَعْدَهُ وَذٰلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالْمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَ المَوْتِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَوْتَ مُعَرِّفٌ فَأَمَّا

فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الأولية، كما لو ملك معه ثوبًا ونحوه، فلو قال أوَّل كرٍّ أملكه فهو هدي فملك كرًّا ونصف كرٍّ لا يلزمه شيء لأنَّ النصف يزاحم الكلَّ في المكيلات والموزونات لأنَّه بالضم يصير شيئًا واحدًا بخلاف العبيد والثياب.

قوله: يَعْتَبِرَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، أي إذا كان الشراء وقت الصحة.

قوله: فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَ المَوْتِ، وهذا لأنَّ الآخرية إنَّما تثبت بعدم شراء آخر بعده، وصار كأنه قال: إن لم أشترِ عبدًا آخر فالثاني حرٌّ، ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ الثاني آخر لكونه فردًا لاحقًا لا يشاركه غيره من جنسه وإنَّما تبطل عنه صفة الآخرية بشراء آخر بعده فإذا لم يشتر كان آخرًا من وقت الشراء، كما لو قال لامرأته إذا حضتِ فأنتِ طالق فرأت الدم فإن استمرَّ ثلاثة أيام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت، وقولهما أنَّ العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده، قلنا: كذلك لكن لم يجعل هذا شرطًا لا صريحًا ولا دلالةً فلم يجعل شرطًا بل علامةً على ثبوت الحكم كاستمرار الدم في الحيض فإذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقًا على وجود العلامة على ما هو الحكم في العلامة لأنه لا يوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطًا لعلمنا بوجود الحكم وشرطه سابقًا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرية من زمان الشراء فيستند الحكم كما في مسئلة الحيض.

اتِّصَافُهُ بِالْآخِرِيَّةِ فَمِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَثْبُتُ مُسْتَنِدًا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ تَعْلِيقُ الطَّلْقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي جَرَيَانِ الإِرْثِ وَعَدَمِهِ.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشَّرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةَ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ ثَلَاثَةٌ مُتَفَرِّقِينَ عَتَقَ الأَوَّلُ) لِأَنَّ البِشَارَةَ اسْمٌ لِخَبَرٍ يُغَيِّرُ بَشَرَةَ الوَجْهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ سَارًّا بِالْعُرْفِ، وَهٰذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الأَوَّلِ (وَإِنْ بَشَّرُوهُ مَعًا عَتَقُوا)

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ تَعْلِيقُ الطَّلْقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، فإنه إذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا فتزوج امرأة ثم امرأة ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعدَّتُها بالحيض بلا حداد ولا ترث منه، وعندهما تطلق في آخر حياته ولها مهر واحد وعليها عدَّة الوفاة وترث منه، وإن كان الطلاق رجعيًا فعليها عدَّة الوفاة.

قوله: وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ سَارًّا بِالْعُرْفِ، وإنَّما قيَّد بالعرف لأنَّ البشارة لغةً اسم لخبر يغيِّر بشرة الوجه من فرح أو حزن، قال الله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [آل عمران: ٢١] ﴿فَبَشَّرْنَٰهَا بِإِسْحَٰقَ﴾ [هود: ٧١] وفي العرف اسم لخبر سار صادق غاب من المخبر علمه، وهذا إنَّما يتحقق من الأول لأنَّ الثاني أخبره بما كان معلومًا له فلا تتغير بشرة وجهه عند سماعه، بخلاف الخبر فإنَّ حقيقة الأخبار موجودة من كل واحد لأنَّ الخبر خبر وإن كان عند المخبر علمه، وأصله ما رُوِيَ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام مرَّ بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال: «من أحبَّ أن يقرأ القرآن غضًّا طريًّا كما أنزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن أم عبد» فابتدر إليه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة، فسبق أبو بكرٌ عمرَ رضي الله عنهما بها، كان ابن مسعود رضي الله عنه يقول متى ذكر ذلك: بشَّرني أبو بكر وأخبرني عمر، وإن بشروه معًا عتقوا لأنَّها تحققت من الكل حيث غيَّروا بشرة وجهه، ألا ترىٰ إلىٰ قوله تعالى: ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨] حيث أضاف

لِأَنَّهَا تَحَقَّقَتْ مِنَ الكُلِّ (وَلَوْ قَالَ إِنِ اشْتَرَيْتُ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قِرَانُ النِّيَّةِ بِعِلَّةِ العِتْقِ وَهِيَ اليَمِينُ، فَأَمَّا الشِّرَاءُ فَشَرْطُهُ (وَإِنِ اشْتَرَىٰ أَبَاهُ يَنْوِي عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِهِ أَجْزَأَهُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لَهُمَا أَنَّ الشِّرَاءَ شَرْطُ العِتْقِ، فَأَمَّا العِلَّةُ فَهِيَ القَرَابَةُ وَهٰذَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ المِلْكِ وَالْإِعْتَاقُ إِزَالَتُهُ وَبَيْنَهُمَا

البشارة إلى الجماعة فدلَّ على تحقق البشارة من الجماعة.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ قِرَانُ النِّيَّةِ، أي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لأنَّ الكلام فيه، فأمَّا الملك عند الشراء فشرط العتق ولا أثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معتقًا بيمينه ولم تقتَرن نية الكفارة بِها حتى لو اقتَرنت جاز، كذا في المبسوط.

قوله: فَأَمَّا الشِّرَاءُ فَشَرْطُهُ، ولا يقال: بأنَّ قوله فهو حر إنما يصير علةً عند الشراء إذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بعلة العتق لأن الأهلية تشترط وقت اليمين لا عند وجود الشرط، حتى لو جنَّ بعد اليمين ووجد الشرط يترتب الحكم عليه وإن لم يكن من أهله، فكذا النية تشترط وقت اليمين.

قوله: فَأَمَّا العِلَّةُ فَهِيَ القَرَابَةُ، لأنَّ العتق في القريب بطريق الصلة والقرابة وهي العلة للصلات كما في النفقة والتزاور، قلنا: العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعًا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلةً للفقراء، كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرًا علة ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يحال على آخر الوصفين وجودًا لأنَّ تمام العلة به وآخر الوصفين الملك فيكون به معتقًا ثمَّ الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق إلى الشراء بواسطة الملك، وهذا كمن

مُنَافَاةٌ، وَلَنَا أَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ» جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتَاقًا لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ غَيْرُهُ وَصَارَ نَظِيرُ قَوْلِهِ سَقَاهُ فَأَرْوَاهُ.

(وَلَوِ اشْتَرَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ لَمْ يُجْزِهْ) وَمَعْنَى هٰذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لِأَمَةٍ قَدِ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ: إِنِ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِي ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَلَا يَجْزِيهِ عَنِ الكَفَّارَةِ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالِاسْتِيلَادِ فَلَا تَنْضَافُ إِلَى اليَمِينِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِقِنَّةٍ إِنْ اشْتَرَيْتُكِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِي حَيْثُ يَجْزِيه عَنْهَا إِذَا اشْتَرَاهَا لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِجِهَةٍ أُخْرَىٰ فَلَمْ تَخْتَلَّ الإِضَافَةُ إِلَى اليَمِينِ وَقَدْ قَارَنَتْهُ النِّيَّةُ.

رمى إنسانًا عمدًا فأصابه فقتله قتل به كأنَّه جزَّ رقبته بالسيف وإن كان فعله رميًا لأنَّ الرمي أوْجب بعود السهم ومضيه في الهواء وذا سبب الوقوع في المرمى وذا سبب الجرح وذا سبب الموت فيضاف كله إلى الرمي الذي هو العلة الأولى وصارت أحكامًا له وصار الرامي قاتلاً، فكذا الشراء بواسطة الملك لمَّا ثبت به صار إعتاقًا فيصير معتقًا به، وتأيَّد ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه» أي بالشراء لأنه لا يحتاج إلى إعتاق آخر بعد الشراء، وهذا كما يقال سقاه فأرواه وضربه فأوجعه أي بالسقي والضرب، ولهذا إذا اشترى نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لأنه أعقته بالشراء فأضيف إلى الملك، ولو كان عبد بينهما فادعى أحدهما أنه ابنه ضمن لأنَّ القرابة آخرهما وجودًا، بخلاف أمِّ الولد لأن حقها مستحق بالاستيلاد السابق

(وَمَنْ قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ فَتَسَرَّىٰ جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقَتْ) لِأَنَّ اليَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمُصَادَفَتِهَا المِلْكَ وَهٰذَا لِأَنَّ الجَارِيَةَ مُنكَّرَةٌ فِي هٰذَا الشَّرْطِ فَتَتَنَاوَلُ كُلَّ جَارِيَةٍ عَلَى الِانْفِرَادِ (وَإِنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقْ) خِلَافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي المِلْكِ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ المِلْكِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ

فأضيف العتق إلى اليمين من وجه لا من كل وجه فصار كأنه أعتق أمَّ الولد.

قوله: فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ المِلْكِ، فإن قيل: هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله تعالى لا يقول بالاقتضاء، حتى أنَّ من قال لآخر أعتِق عبدك عني بألف فأعتقه كان العتق واقعًا عن المأمور، قلنا: إثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والثابت دلالةً ما يكون مفهومًا من اللفظ بلا تأمل واجتهاد، كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهومًا من النهي عن التأفيف، ثم إذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بِها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتًا دلالةً، ولنا أنَّ اليمين بالعتق إنَّما تصحُّ في الملك أو مضافًا إليه أو إلى سببه ولم يوجد واحد منهما، أمَّا الملك فظاهر وأمَّا الإضافة إلى الملك فإنه لم يقل إن ملكتُ أمةً، وأما الإضافة إلى سبب الملك فلأنَّه أضافها إلى التسري وهو ليس بسببٍ لملك الأمة فلم تصحَّ إضافة الإعتاق إليه، وهذا لأنَّ التسري عبارة عن التحصين والإسكان وهو أن يبوئَها ويمنعها من الخروج عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ لأنَّ السرية من السرِّ وهو الوقاع أو من السرور وهي سرور لمالكها أو من السري وهو السيِّد لأنه إذا اتخذها سريَّة فقد جعلها سيِّدة الإماء، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى طلب الولد شرط مع ذلك لأنَّ السرية في العادة هي التي تطلب ولدها وواحد من هذه الأشياء ليس بسبب لملك الأمة إلَّا أنه لا يستغني عن الملك فيصير الملك مذكورًا اقتضاءً ضرورة صحَّة التسري وهو شرط فيتقدَّر بقدره، ولا يتعدى عنه إلى صحة

إِنْ طَلَّقْتُكِ فَعَبْدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزَوُّجُ مَذْكُورًا، وَلَنَا أَنَّ المِلْكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّسَرِّي وَهُوَ شَرْطٌ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ وَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الجَزَاءِ وَهُوَ الحُرِّيَّةُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّرْطِ دُونَ الجَزَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَهَا وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا تَطْلُقُ ثَلَاثًا فَهٰذِهِ وِزَانُ مَسْأَلَتِنَا.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ تُعْتَقُ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ)

الجزاء وهو العتق لأنَّ الثابت ضرورةً يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها فلا يثبت الملك فيما وراء صحَّة التسري فبقى الجزاء في الملك، وفي مسئلة الطلاق ظَهَر في حقِّ الشرط ولم يتعد إلى الجزاء أيضًا وإنَّما يصحُّ العتق وهو الجزاء ثمَّة لأنه صادف الملك إذ ملكه في العبد قائم في الحال فكان ذكر الطلاق ذكرًا للنكاح الذي لا يستغني عنه الطلاق لا ذكرًا لما لا يستغني عنه الجزاء، حتى لو قال لأجنبية إن طلقتك واحدةً فأنتِ طالق ثلاثًا فتزوَّجها ووطئها وطلقها واحدةً لم يقع الثلاث لأنَّ الملك صار مذكورًا ضرورةً فلم يتعد عنه إلى صحَّة الجزاء، فهذه وزان مسئلتنا ووزان ما استشهد به زُفر رحمه الله تعالى أنه يقول: إن تَسَرَّيْتُ أمةً فعبدي هذا حُرٌّ فاشترىٰ أمةً فتسراها عتق عبده لفهم الملك من التسرِّي بلا تأمل، قلنا ذا لا يدلُّ على أنه ليسَ بثابت اقتضاءً والطعام أو الشراب يفهم من قوله: إن أكلت أو شربت بلا تأمل وهو ثابت اقتضاءً.

قوله: وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ تُعْتَقُ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ، ولو قال أردتُ الرجال بِهذا اللفظ دون النساء دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام، وهذا بخلاف ما لو قال نويتُ السود دون البيض فإنه لا يصدق في القضاء والديانة جميعًا لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه لأنَّ المملوك حقيقة

لِوُجُودِ الإِضَافَةِ المُطْلَقَةِ فِي هٰؤُلَاءِ، إِذِ المِلْكُ ثَابِتٌ فِيهِمْ رَقَبَةً وَيَدًا (وَلَا يُعْتَقُ مُكَاتَبُوهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ) لِأَنَّ المِلْكَ غَيْرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ المُكَاتَبَةِ، بِخِلَافِ أُمِّ الوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةِ فَاخْتَلَّتِ الإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

(وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هٰذِهِ طَالِقٌ أَوْ هٰذِهِ وَهٰذِهِ طَلُقَتِ الأَخِيرَةُ وَلَهُ الخِيَارُ فِي الأَوَّلِيَّيْنِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ أَوْ لِإِثْبَاتِ أَحَدِ المَذْكُورَيْنِ وَقَدْ

الذكور دون الإناث فإن الأنثىٰ يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهنَّ لفظ التذكير عادةً فإن نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء، ولهذا قيل: لو قال نويتُ النساء دون الرجال كانت نيته لغوًا، وكذلك لو قال لم أنو المدبرين لم يصدق في القضاء، وفي كتاب الأيمان إذا قال لم أنو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا في القضاء ففيه روايتان، كذا في المبسوط.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هٰذِهِ طَالِقٌ أَوْ هٰذِهِ وَهٰذِهِ طَلُقَتِ الأَخِيرَةُ وَلَهُ الخِيَارُ فِي الأَوَّلِيَّيْنِ، ولو قال: والله لا أكلِّم فلانًا أو فلانًا وفلانًا حنث بكلام الأوَّل أو الأخيرين كقوله لا أكلِّم هذا وهذين، والفرق أنَّ «أو» إذا دخلت بين شيئين تناولت أحدهما وذا في الطلاق في موضع الإثبات فيخصُّ فكانت المطلقة إحدى الأوليين غير عين لأنَّ «أو» دخلت عليهما، فلمَّا قال للثالثة وهذه صارت معطوفةً على المطلقة لأنَّ الواو توجب الشركة فصارت عطفًا على التي هي محل الجزاء من الأوليين وهي إحداهما غير عين إذ سياق الكلام للإيجاب، وإنَّما يعطف الشيء على ما سبق له الكلام فصار كأنه قال: إحداكما طالق وهذه، ولو قال هكذا كان الجواب ما قلنا كذا هنا، وفي مسئلة الكلام في موضع النفي فيعمُّ عموم الأفراد فصار كل فرد نفيـًا على حدةٍ كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ

أَدْخَلَهَا بَيْنَ الأَوَّلِيَّيْنِ ثُمَّ عَطَفَ الثَّالِثَةَ عَلَى المُطَلَّقَةِ لِأَنَّ العَطْفَ لِلْمُشَارَكَةِ فِي الحُكْمِ فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَهٰذِهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ هٰذَا حُرٌّ أَوْ هٰذَا وَهٰذَا عَتَقَ الأَخِيرُ وَلَهُ الْخِيَارُ فِي الأَوَّلَيْنِ) لِمَا بَيَّنَّا، واللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كَفُورًا ﴿٢٤﴾ [الإنسان: ٢٤] فصار كأنه قال: والله لا أكلم فلانًا ولا فلانًا وفلانًا، ولو قال هكذا كان الثالث مضمومًا إلى الثانِي فيصير كأنه قال ولا هذين كذا هنا، ولأنه حينئذٍ صار كأنه قال هذه طالق أو هاتان طالق وأنه لا يصحُّ فجعل كأنه قال هذه طالق أو هذه طالق وهذه طالق ليصحَّ، ولو قال هكذا تطلق الثالثة وخير في الأوليين كذا هنا وثَمَّ صار كأنه قال لا أكلم هذا أو لا أكلم هذين وإنَّه صحيح، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ اليَمِينِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزَوُّجِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يُؤَاجِرُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذٰلِكَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ العَقْدَ وُجِدَ لَهُ مِنَ العَاقِدِ حَتَّىٰ كَانَتِ الحُقُوقُ عَلَيْهِ، وَلِهٰذَا لَوْ كَانَ العَاقِدُ هُوَ الحَالِفُ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ فَلَمْ يُوجَدْ مَا هُوَ الشَّرْطُ وَهُوَ العَقْدُ مِنَ الآمِرِ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ذٰلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا أَوْ يَكُونَ الحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ لَا يَتَوَلَّى العَقْدَ

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

قوله: وَغَيْرِ ذٰلِكَ، أي من الطلاق والعتاق والضرب.

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ كَانَ العَاقِدُ هُوَ الحَالِفُ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ، أي إذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بأن لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر.

قوله: إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ذٰلِكَ، أي ينوي في يمينه لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر أن لا يأمر غيره أيضًا فحينئذٍ يحنث بالأمر، والاستثناء متصل بقوله: فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذٰلِكَ لَمْ يَحْنَثْ.

قوله: أَوْ يَكُونَ الحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ، عطف على أن ينوي أي لا يتولى العقد بنفسه فأمر غيره يحنث أي إذا باشره المأمور، ولو فعل ذلك بنفسه يحنث أيضًا لوجود البيع منه حقيقةً، فإن كان يباشره تارةً ويعوِّض أخرىٰ يعتبَر الغالب، والأصل أنَّ كل فعل ترجع حقوقه إلى المباشر لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقةً وحكمًا وإلَّا يحنث ويصير العاقد سفيرًا والآمر فاعلاً، فما يحنث بالمباشرة لا بالأمر بالبيع

بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ نَفْسَهُ عَمَّا يَعْتَادُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ أَوْ لَا يُطَلِّقُ أَوْ لَا يُعْتِقُ فَوَكَّلَ بِذٰلِكَ حَنِثَ) لِأَنَّ الوَكِيلَ فِي هٰذَا سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ وَلِهٰذَا لَا يُضِيفُهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ بَلْ إِلَى الآمِرِ، وَحُقُوقُ العَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الآمِرِ لَا إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَكَلَّمَ بِهِ لَمْ يُدَيَّنَ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) وَسَنُشِيرُ إِلَى المَعْنَىٰ فِي الفَرْقِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ أَوْ لَا يَذْبَحُ شَاتَه فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلَايَةُ ضَرْبِ عَبْدِهِ وَذَبْحِ شَاتِه فَيَمْلِكُ تَوْلِيَتَهُ

والشراء والإعارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحنث بالمباشرة والأمر بالنكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمدًا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والإيداع والاستيداع والإعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل، حتّى لو حلف لا يتزوَّج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك ففعل حنث، وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يحنث لوجود التطليق من المأمور حقيقةً ومن الآمر حكمًا فوجد شرط الحنث عن الحالف من وجهٍ دون وجهٍ فلا يحنث كما في البيع ونحوه، ولنا أنَّ عوض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه، وشيء من أحكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور بل ينقل العقد بجميع الأحكام إلى الآمر وصار المأمور سفيرًا، ولهذا يضيفه إلى الآمر لا إلى نفسه.

قوله: لِأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلَايَةُ ضَرْبِ عَبْدِهِ، بخلاف ما إذا حلف أن لا يضرب حرًّا فأمر غيره فضربه لا يحنث لأنَّ أمر المولىٰ غيره صحَّ لأنه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك أمر غيره به، ولهذا سقط الضمان عن المأمور وأمره بضرب الحرِّ لم يصحّ لأنه لا يملك ضربه

غَيْرَهُ ثُمَّ مَنْفَعَتَهُ رَاجِعَةٌ إِلَى الآمِرِ فَيَجْعَلُ هُوَ مُبَاشِرًا إِذْ لَا حُقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى المَأْمُورِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَوَلَّى ذٰلِكَ بِنَفْسِي دِينَ فِي القَضَاءِ) بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ إِلَّا تَكَلُّمًا بِكَلَامٍ يُفْضِي إِلَىٰ وُقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَالْأَمْرُ بِذٰلِكَ مِثْلُ التَّكَلُّمِ بِهِ وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا، فَإِذَا نَوَى التَّكَلُّمَ بِهِ فَقَدْ نَوَى الخُصُوصَ فِي العَامِّ فَيُدَيَّنُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً، أَمَّا الذَّبْحُ وَالضَّرْبُ فَفِعْلٌ حِسِّيٌّ يُعْرَفُ بِأَثَرِهِ، وَالنِّسْبَةُ إِلَى الآمِرِ بِالتَّسْبِيبِ مَجَازٌ، فَإِذَا نَوَى الفِعْلَ بِنَفْسِهِ فَقَدْ نَوَى الحَقِيقَةَ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً وَقَضَاءً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَضَرَبَهُ لَمْ يَحْنَثْ) فِي يَمِينِهِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ ضَرْبِ الوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ التَّأَدُّبُ وَالتَّثَقُّفُ فَلَمْ يَنْسِبْ

بنفسه، إلَّا أن يكون الحالف سلطانًا أو قاضيًا لأنَّهما يملكان ضرب الأحرار حدًّا وتعزيرًا فملكا الأمر به.

قوله: أَمَّا الذَّبْحُ وَالضَّرْبُ فَفِعْلٌ حِسِّيٌّ يُعْرَفُ بِأَثَرِهِ، وهو الإيلام فحقيقته عند إسناده إلى نفسه أن يفعله بنفسه والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجازًا، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانةً وقضاءً، بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ليس إلَّا كلام يفضي إلى الطلاق والعتاق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فينتظمهما اللفظ وهو قوله: لا يطلق، فإذا نوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص في العام وهو خلاف الظاهر فيصدق ديانةً لا قضاءً، وهذا هو الفرق الذي وعده قبيل هذا بالإشارة إلى الفرق، وقيل: ذكر القضاء في مسئلة الضرب رواية في الطلاق لأنه في الموضعين إذا نوى المباشرة فقد نوىٰ

فِعْلَهُ إِلَى الآمِرِ، بِخِلَافِ الأَمْرِ بِضَرْبِ العَبْدِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الِائْتِمَارِ بِأَمْرِهِ عَائِدَةٌ إِلَى الآمِرِ فَيُضَافُ الفِعْلُ إِلَيْهِ (وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ إِنْ بِعْتُ لَكَ هٰذَا الثَّوْبَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَدَسَّ المَحْلُوفُ عَلَيْهِ ثَوْبَهُ فِي ثِيَابِ الحَالِفِ فَبَاعَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى البَيْعِ فَيَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِهِ، وَذٰلِكَ بِأَنْ يَفْعَلَهُ بِأَمْرِهِ إِذِ البَيْعُ تَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ وَلَمْ تُوجَدْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ بِعْتُ ثَوْبًا لَك حَيْثُ يَحْنَثُ إِذَا بَاعَ ثَوْبًا مَمْلُوكًا لَهُ، سَوَاءٌ كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ عَلِمَ بِذٰلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى العَيْنِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ فَيَقْتَضِي الِاخْتِصَاصَ بِهِ، وَذٰلِكَ بِأَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَنَظِيرُهُ الصِّيَاغَةُ وَالْخِيَاطَةُ وَكُلُّ مَا تَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ، بِخِلَافِ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَضَرْبِ الغُلَامِ

حقيقة كلامه فيصدق قضاءً في الفصلين.

قوله: لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى البَيْعِ - حيث قال: إن بعتُ لك ثوبًا - فَيَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِهِ، أي اختصاص البيع بالمحلوف عليه، وفي قوله إن بعتُ ثوبًا لك دخل حرف اللام على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين بالمحلوف عليه، فإن نوى الثاني بالأول أو الأول بالثاني صحَّت نيته لأنه نوى ما يحتمله اللفظ بالتقديم والتأخير.

قوله: بِخِلَافِ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَضَرْبِ الغُلَامِ، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: قيل المراد بالغلام الولد لا العبد لأنَّ ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير الإجارة لا نظير الأكل، والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد قال الله تعالى: ﴿إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَٰمٍ ٱسۡمُهُۥ يَحۡيَىٰ﴾ [مريم: ٧] وقيل: المراد به العبد لأنَّ المراد بجريان

لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ فَلَا يَفْتَرِقُ الحُكْمُ فِيهِ فِي الوَجْهَيْنِ.

(وَمَنْ قَالَ هٰذَا العَبْدُ حُرٌّ إِنْ بِعْته فَبَاعَهُ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ البَيْعُ وَالْمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ فَيَنْزِلُ الجَزَاءُ (وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ المُشْتَرِي إِنِ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ) أَيْضًا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالْمِلْكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهٰذَا عَلَىٰ أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَلَىٰ أَصْلِهِ لِأَنَّ هٰذَا العِتْقَ بِتَعْلِيقِهِ ....

الوكالة وكالة تتعلق بِها حقوق يرجع الوكيل بِها على الموكل، وليس للضرب حقوق تلحق الوكيل ليرجع بِها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد مَا فكان كالأكل، وفي الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله تعالىٰ: لو قال إن ضربتُ لك عبدًا أو ضربتُ عبدًا لك فهو علىٰ ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف ولأنَّ الضرب ممَّا لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحلُّ الضرب يملك فانصرفت اللام إلىٰ ما يملك ويؤخر المقدم، وفي الفوائد الظهيرية: المراد بالغلام الولد.

قوله: فِي الوَجْهَيْنِ، أي دخلت اللام في الفعل أو العين.

قوله: وَمَنْ قَالَ هٰذَا العَبْدُ حُرٌّ إِنْ بِعْته فَبَاعَهُ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ، لِوُجُودِ الشَّرْطِ، فإن قيل: هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبَر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به إذا علق به العتق، قلنا: جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الإنسانية، ألا ترىٰ أنه يختصُّ بني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول لأنَّها تقتضي الحرية والنكاح رِقٌّ علىٰ ما جاء في الحديث فلا يحنث إلَّا إذا كان صحيحًا، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَهٰذَا عَلَىٰ أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ، لأنَّ خيار المشتَري لا يمنع ثبوت الملك

وَالْمُعَلَّقُ كَالْمُنْجَزِ، وَلَوْ نَجَّزَ العِتْقَ يَثْبُتُ المِلْكُ سَابِقًا عَلَيْهِ فَكَذَا هٰذَا.

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَبِعْ هٰذَا العَبْدَ أَوْ هٰذِهِ الأَمَةَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ دَبَّرَ طَلُقَتِ امْرَأَتُهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَّةِ البَيْعِ (وَإِذَا قَالَتِ المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا: تَزَوَّجْتَ عَلَيَّ؟ فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ثَلَاثًا طَلُقَتْ هٰذِهِ الَّتِي حَلَّفَتْهُ فِي القَضَاءِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا

للمشتَري عندهما.

قوله: وَالْمُعَلَّقُ كَالْمُنْجَزِ، فإن قيل: في المنجز لو لم يثبت الملك سابقًا عليه يبطل التنجيز فاقتضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضي ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاءً؟ قلنا: لمَّا أمكن إيقاع العتق من وجهٍ بفسخ الخيار لم يتأخَّر إلى مضي مدة الخيار لأنَّ العتق ممَّا يحتاط في إثباته ومن الاحتياط تعجيله لا تأخيره وقد تنجز من وجهٍ، وإنما لم يعتق قريبه إذا اشتَراه بشرط الخيار لأنَّ الملك وخيار المشتري في شرى القريب لم توجد كلمة الإعتاق بعد الشراء، وإنَّما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا يعتق قبل سقوط الخيار، وأمَّا ههنا فالإيجاب المعلق صار منجزًا عند الشرط وصار قائلاً أنت حر فينفسخ الخيار ضرورةً لوجود ما يختصُّ بالملك، ولو قال إن بعتُ هذا العبد فهو حر فباعه بيعًا باتًّا لا يعتق لأنه كما تمَّ البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا يتْرك في غير الملك.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَّةِ البَيْعِ، فإن قيل: المحلية في التدبير باقية فإنه يتمكن بيع المدبر إذا قضى القاضي بجواز بيعه، قلنا: عند القضاء بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع حينئذٍ بيع القنِّ لا بيع المدبر وفوات المحلية إنَّما كان باعتبار بقاء التدبير وقد قلنا أنَّ بيع المدبر لا يجوز فكان المحل فانيًا والحكم لا ينبى

لَا تَطْلُقُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ جَوَابًا فَيَنْطَبِقُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ إِرْضَاؤُهَا وَهُوَ بِطَلَاقِ غَيْرِهَا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ: عُمُومُ الكَلَامِ وَقَدْ زَادَ عَلَىٰ حَرْفِ الجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدِئًا، وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إِيحَاشُهَا حِينَ اعْتَرَضَتْ عَلَيْهِ فِيمَا أَحَلَّهُ الشَّرْعُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا، وَإِنْ نَوَىٰ غَيْرَهَا يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ تَخْصِيصُ العَامِّ.

على ما يظهر عند قضاء القاضي في المجتهدات، فإن قيل: لم يقع اليأس في الجارية عن بيعها بالتحرير والتدبير لجواز أن يرتدَّ فسبي بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها، قلنا: الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقَّق اليأس بالتحرير والتدبير وما ذكرت موهوم والأحكام لا تبنى على الموهومات فتحقَّق اليأس عن البيع نظرًا إلى الأصل.

قوله: لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ جَوَابًا فَيَنْطَبِقُ عَلَيْهِ، فإن قيل: زاد على قدر الجواب، قلنا: الزيادة على القدر المحتاج إليه للجواب إنَّما يخرج الكلام عن الجواب إذا لغت الزيادة متى جعل جوابًا ولا تلغو الزيادة هنا إن جعل جوابًا لأنه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطليق غيرها لجواز أن يقع في قلبها أنه أراد بما قال غير التي ظنَّت.

قوله: وَقَدْ زَادَ عَلَىٰ حَرْفِ الجَوَابِ، إذ جوابه أن يقول إن فعلت فهي طالق ثلاثًا.

قوله: وَمَعَ التَّرَدُّدِ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا، أي الغرض لا يصلح مقيدًا مع التردد فيه، وذكر شمس الأئمة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أنَّ ما ذكره أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه أصحُّ عندي، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ اليَمِينِ فِي الحَجِّ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ

(وَمَنْ قَالَ وَهُوَ فِي الكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا عَلَيَّ المَشْيُ إِلَىٰ بَيْتِ اللهِ تَعَالَىٰ أَوْ إِلَى الكَعْبَةِ فَعَلَيْهِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَهْرَاقَ

باب اليمين في الحجّ والصلاة والصوم

قوله: وَمَنْ قَالَ وَهُوَ فِي الكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا عَلَيَّ المَشْيُ إِلَىٰ بَيْتِ اللهِ تَعَالَىٰ أَوْ إِلَى الكَعْبَةِ فَعَلَيْهِ حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا، هذه العبارة صارت كناية عن إيجاب الإحرام شرعًا، فإنَّ أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى فأمرها النبي عليه الصلاة والسلام أن تحرم بحجَّة أو عمرة، وعرفًا فقد تعارف الناس إيجاب الإحرام بِهذه العبارة نصًّا فصار كما لو قال: عليَّ إحرامُ حجةٍ أو عمرةٍ ماشيًا، ولو قال ذلك لزمه إحرام حجَّة أو عمرة كذا هنا، ولا فرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو خارجًا منها لأنَّ هذا اللفظ صار كناية عن إلتزام الإحرام عرفًا إذ الإحرام بأحد النسكين لا يكون بلا مشي فكان من لوازم الإحرام وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية، والعرف لا يختلف بين كونه في الكعبة أو خارجًا منها وفي القياس لا يلزمه شيء لأنَّ النذر إنَّما يصحُّ بما شرع قربةً لعينه والمشي ليس بقربةٍ واجبةٍ ولا مقصودةٍ في الأصل أي في أصل الحجِّ أو العمرة وإنما يقصد به الكمال وإنَّما هو وسيلةٌ لما هو قربة كالوضوء، فإن قيل: يشكل هذا بالاعتكاف فقد صحَّ النذر به وإن لم يكن واجبًا من جنسه قصدًا، قلنا: الاعتكاف لا يصحُّ إلَّا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة، فإن قيل: الاعتكاف يصحُّ في الليل وإن كان الصوم لا يصحُّ فيه، قلنا: صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردًا عن اليوم لا يصح، أو نقول: صحة الاعتكاف باعتبار أنه انتظارٌ للصلاة والاستدامة فيها

دَمًا) وَفِي القِيَاسِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ التَزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ وَاجِبَةٍ وَلَا مَقْصُودَةٍ فِي الأَصْلِ، وَمَذْهَبُنَا مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيجَابَ الحَجِّ وَالْعُمْرَةِ بِهٰذَا اللَّفْظِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ زِيَارَةُ البَيْتِ مَاشِيًا فَيَلْزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي المَنَاسِكِ (وَلَوْ قَالَ عَلَيَّ الخُرُوجُ أَوِ الذَّهَابُ إِلَىٰ بَيْتِ اللهِ تَعَالَىٰ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التِزَامَ الحَجِّ أَوِ العُمْرَةِ بِهٰذَا اللَّفْظِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ المَشْيُ إِلَى الحَرَمِ أَوْ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي قَوْلِهِ عَلَيَّ المَشْيُ إِلَى الحَرَمِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ) وَلَوْ قَالَ إِلَى المَسْجِدِ الحَرَامِ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، لَهُمَا أَنَّ الحَرَمَ شَامِلٌ عَلَى البَيْتِ، وَكَذَا المَسْجِدُ الحَرَامُ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلَافِ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِأَنَّهُمَا

والاستدامة في الصلاة تصحُّ في الليل والنهار، فإن قيل: فإذا كان هذا اللفظ استعارةً لالتزام الحجّ كان اللفظ غير منظور إليه، كما إذا نذر بأن يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذٍ ينبغي أن لا يلزم عليه المشي في طريق الحجِّ كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل إهداء الثوب إلى مكّة لكون هذا اللفظ عبارة عنه، قلنا: نعم كذلك إلَّا أنَّ للحجَّ ماشيًا فضيلةٌ ليست هي للحج راكبـًا، قال عليه الصلاة والسلام: «من حجَّ ماشيًا فله لكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: واحدة منها بسبع مائة» فاعتبر لفظه في إيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة، ومعناه في إيجاب الحجِّ أو العمرة لإجماعهم على ذلك للتعارف فصار كنايةً عن إيجاب الحجِّ ماشيًا.

مُنْفَصِلَانِ عَنْهُ، وَلَهُ أَنَّ التِزَامَ الإِحْرَامِ بِهٰذِهِ العِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلَا يُمْكِنُ إِيجَابُهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَامْتَنَعَ أَصْلًا.

(وَمَنْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إِنْ لَمْ أَحُجَّ العَامَ، وَقَالَ: حَجَجْتُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَّى العَامَ بِالْكُوفَةِ لَمْ يُعْتَقْ عَبْدُهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُعْتَقُ) لِأَنَّ هٰذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَىٰ أَمْرٍ مَعْلُومٍ وَهُوَ التَّضْحِيَةُ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ انْتِفَاءُ الحَجِّ فَيَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ، وَلَهُمَا أَنَّهَا قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهَا نَفْيُ الحَجِّ لَا إِثْبَاتُ التَّضْحِيَةِ لِأَنَّهُ لَا مَطَالِبَ لَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ لَمْ يَحُجَّ العَامَ، غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّ هٰذَا النَّفْيَ مِمَّا يُحِيطُ عِلْمُ الشَّاهِدِ بِهِ وَلٰكِنَّهُ لَا يُمَيَّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَيْسِيرًا.

قوله: فَامْتَنَعَ أَصْلًا، أي الإيجاب من الأصل حيث لم يجب عليه الإحرام بأحد النسكين.

قوله: غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّ هٰذَا النَّفْيَ مِمَّا يُحِيطُ عِلْمُ الشَّاهِدِ بِهِ، بخلاف شهادتهما أنه لم يحجّ لأنا لا ندري هل شهدا عن علم أم بنيا على ظاهر العدم فلهذا لم يقبل، ولهذا لو شهدا على رجل أنَّا سمعناه يقول: المسيح ابن الله، ولم يقل قول النصارى وهو يقول: إنَّما وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفي لإحاطة علم الشاهد به، كذا هنا.

قوله: وَلٰكِنَّهُ لَا يُمَيَّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ، أي بين نفيٍ يحيط به علم الشاهد وبين نفي لا يحيط به علم الشاهد تيسيرًا، كما في مسئلة الاستبراء والسفر والعقل مع البلوغ وغيرهما، فأمَّا في قول الشاهد ولم يقل قول النصارى إنَّما قبلت الشهادة لأنَّ ذا عبارة عن السكوت وهو أمر ثابت معاين، فإن قيل: الشهادة على النفي إنَّما لم تقبل إذا لم تكن مقرونةً

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَصُومُ فَنَوَى الصَّوْمَ وَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ مِنْ يَوْمِهِ حَنِثَ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ إِذِ الصَّوْمُ هُوَ الإِمْسَاكُ عَنِ المُفْطِرَاتِ عَلَىٰ قَصْدِ التَّقَرُّبِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَصُومُ يَوْمًا أَوْ صَوْمًا فَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ المُعْتَبَرُ شَرْعًا وَذٰلِكَ بِإِنْهَائِهِ إِلَىٰ آخِرِ اليَوْمِ، وَالْيَوْمُ صَرِيحٌ فِي تَقْدِيرِ المُدَّةِ بِهِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ سَجَدَ مَعَ ذٰلِكَ ثُمَّ قَطَعَ حَنِثَ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ

بالإثبات، أمَّا إذا قرنت بالإثبات فتقبل كشهود الإرث إذا قالوا إنَّ هذا وارث فلان لم نعلم له وارثًا غيره حتى يدفع المال إلى المشهود له بلا تلوُّم والمشهود به هنا أمر ثبوتي والنفي يثبت ضمنًا فأوْلىٰ أن تقبل، قلنا: التضحية وإن كانت أمرًا وجوديًّا لكنَّها ممَّا لا تدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرًا فبقى النفي مقصودًا، فأمَّا الإرث فيما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرًا وثبت النفي في ضمن ذلك، فإن قيل: ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط في كتاب الدعوى أنَّ الشهادة على النفي تسمع في الشروط، ولهذا لو قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهد أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعتقه، وما نحن بصدده من قبيل الشروط، قلنا: هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار.

قوله: لِوُجُودِ الشَّرْطِ، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد وما زاد عليه تكرار، ولهذا يقال: صام فلان ساعةً ثم أفطر وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقق الحنث، بخلاف ما لو حلف لا يصوم صومًا، ولا يقال: أنَّ المصدر مذكور هنا أيضًا، لأنا نقول: بلىٰ لكن لغةً لا شرعًا، وعند ذكر المصدر صريحًا ينصرف إلى الكامل وهو الصوم لغةً وشرعًا.

بِالِافْتِتَاحِ اعْتِبَارًا بِالشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَارَةٌ عَنِ الأَرْكَانِ المُخْتَلِفَةِ، فَمَا لَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِهَا لَا يُسَمَّىٰ صَلَاةً، بِخِلَافِ الصَّوْمِ لِأَنَّهُ رُكْنٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الإِمْسَاكُ وَيَتَكَرَّرُ فِي الجُزْءِ الثَّانِي (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي صَلَاةً لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ المُعْتَبَرَةُ شَرْعًا وَأَقَلُّهَا رَكْعَتَانِ لِلنَّهْيِ عَنِ البُتَيْرَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: فَمَا لَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِهَا لَا يُسَمَّىٰ صَلَاةً، ألا ترىٰ أنه لا يقال: صلَّىٰ ركوعًا أو سجودًا، وإنَّما يقال: صلَّىٰ ركعةً، والله أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ اليَمِينِ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَغَيْرِ ذٰلِكَ

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ لَبِسْتِ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ فَاشْتَرَىٰ قُطْنًا فَغَزَلَتْهُ وَنَسَجَتْهُ فَلَبِسَهُ فَهُوَ هَدْيٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُهْدِيَ حَتَّىٰ تَغْزِلَ مِنْ قُطْنٍ مَلَكَهُ يَوْمَ حَلَفَ) وَمَعْنَى الهَدْيِ التَّصَدُّقُ بِهِ بِمَكَّةَ لِأَنَّـهُ اسْمٌ لِمَا يُهْدَىٰ إِلَيْهَا، لَهُمَا أَنَّ النَّذْرَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي المِلْكِ أَوْ مُضَافًا إِلَىٰ سَبَبِ المِلْكِ وَلَمْ يُوجَدْ لِأَنَّ اللُّبْسَ وَغَزْلَ المَرْأَةِ لَيْسَا مِنْ أَسْبَابِ مِلْكِهِ، وَلَهُ أَنَّ غَزْلَ المَرْأَةِ عَادَةً يَكُونُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ وَالْمُعْتَادُ هُوَ المُرَادُ وَذٰلِكَ سَبَبٌ لِمِلْكِهِ، وَلِهٰذَا يَحْنَثُ إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قوله: وَغَيْرِ ذٰلِكَ، من النوم على الفراش والجلوس على السرير.

قوله: لَهُمَا أَنَّ النَّذْرَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي المِلْكِ أَوْ مُضَافًا إِلَىٰ سَبَبِ المِلْكِ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم».

قوله: لِأَنَّ اللُّبْسَ وَغَزْلَ المَرْأَةِ لَيْسَا مِنْ أَسْبَابِ مِلْكِهِ، لأن غزلها قد يكون من قطنها.

قوله: وَالْمُعْتَادُ هُوَ المُرَادُ، فكأنه قال: من قطني ومن قطنٍ سأملكه، ولهذا لو اشترى الزوج قطنًا فغزلته ونسجته بغير إذنه يكون المنسوج للزوج.

قوله: وَذٰلِكَ سَبَبٌ لِمِلْكِهِ، أي غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج

مَمْلُوكٍ لَهُ وَقْتَ النَّذْرِ لِأَنَّ القُطْنَ لَمْ يَصِرْ مَذْكُورًا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حُلِيًّا فَلَبِسَ خَاتَمَ فِضَّةٍ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُلِيٍّ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا حَتَّىٰ أُبِيحَ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ وَالتَّخَتُّمُ بِهِ لِقَصْدِ الخَتْمِ (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ وَلِهٰذَا لَا يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ (وَلَوْ لَبِسَ عِقْدَ لُؤْلُؤٍ غَيْرِ مُرَصَّعٍ لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا

في المغزول، ولهذا تحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر أي إنَّما يحنث به لأنه أضاف إلى سبب الملك وهو غزل المرأة لا إلىٰ ملكه القطن لأنَّ القطن لم يصر مذكورًا حتى يضاف إليه، ولهذا لو قال إن لبست من غزلك من قطني فهو هدي إجماعًا وإن أضافه إلى المرأه بأن قال إن لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديًا إجماعًا، فلمَّا أطلق ولم يقيّد صرفناه إلى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببًا للملك والإضافة إليه إضافة إلى سبب الملك، ولهذا يحنث فيما إذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وإن لم يكن القطن مذكورًا، ولو أهدىٰ بقيمة الثوب جاز وفي التزام هدي شاة لا يجوز إهداء قيمتها لأنَّ القربة فيها إراقة الدم وفي الثوب سدُّ خلة الفقير والقيمة فيه كالعين، وقيل: في إهداء قيمة الشاة روايتان وفي التزام هدي ما لا ينقل يهدىٰ بقيمتها.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حُلِيًّا، بفتح الحاء وهو ما تتحلى به المرأة من ذهبٍ أو فضةٍ أو جوهرٍ.

قوله: حَتَّىٰ أُبِيحَ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ، أي لو كان حليًا يحرم على الرجال لأنَّ التزين بالذهب والفضَّة حرامٌ على الرجال، وأمَّا حل التختُّم لهم بالفضة فإنَّما كان لغرضٍ آخر وهو قصد التختم به لا التزين أو لمَّا كان استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقصًا في معنى الحلي، هذا إذا كان الخاتم من فضة خالصةٍ، أمَّا إذا صنع الخاتم من فضَّةٍ على هيئة خاتم

يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ حَقِيقَةً حَتَّىٰ سُمِّيَ بِهِ فِي الْقُرْآنِ، وَلَهُ أَنَّهُ لَا يَتَحَلَّىٰ بِهِ عُرْفًا إِلَّا مُرَصَّعًا، وَمَبْنَى الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ، وَقِيلَ هٰذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ، وَيُفْتَىٰ بِقَوْلِهِمَا لِأَنَّ التَّحَلِّيَ بِهِ عَلَى الِانْفِرَادِ مُعْتَادٌ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَىٰ فِرَاشٍ فَنَامَ عَلَيْهِ وَفَوْقَهُ قِرَامٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ تَبَعُ الْفِرَاشِ فَيُعَدُّ نَائِمًا عَلَيْهِ (وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَلَيْهِ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ تَبَعًا لَهُ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنِ الْأَوَّلِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى الْأَرْضِ فَجَلَسَ عَلَىٰ بِسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّىٰ جَالِسًا عَلَى الْأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَرْضِ

النساء بأن كان ذا فصٍّ يحنث وهو الصحيح، كذا في الفوائد الظهيرية، ولو لبس خلخالاً أو دملوجًا أو سوارًا يحنث سواء كان من ذهب أو فضة لأنه حليٌ كاملٌ لأنه لا يستعمل إلَّا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك.

قوله: حَتَّىٰ سُمِّيَ بِهِ فِي الْقُرْآنِ، قال الله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النحل: ١٤] وإنَّما يستخرج من البحر اللؤلؤ، والأصل في الكلام هو الحقيقة، وله أنه لا يتحلَّىٰ به الأمر مرصعًا والترصيع التركيب ومبنى الأيمان على العرف فلا ينصرف إلَّا إلى المرصع عند إطلاقه، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان ويفتىٰ بقولهما لأنَّ التحلى به على الانفراد معتاد.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَىٰ فِرَاشٍ، أي فراش بعينه.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَرْضِ، أي وهو لابسه، أمَّا إذا نزعه وطرحه على الأرض وجلس عليه لا يحنث لأنه حينئذٍ لم يبق تبعًا له لأنَّ تبعيته باعتبار لبسه وبعد

لِبَاسُهُ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَىٰ سَرِيرٍ فَجَلَسَ عَلَىٰ سَرِيرٍ فَوْقَهُ بِسَاطٌ أَوْ حَصِيرٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا عَلَيْهِ، وَالْجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ فِي العَادَةِ كَذٰلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَعَلَ فَوْقَهُ سَرِيرًا آخَرَ لِأَنَّهُ مِثْلُ الأَوَّلِ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنْهُ.

ما نزع صار هو بمنزلة البساط أو الحصير، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ اليَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغيرْهِ

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ إنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضَرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الحَيَاةِ) لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤْلِمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ، وَالْإِيلَامُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

قوله: وَغَيْرِهِ، أي الغسل والكسوة.

قوله: لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤْلِمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ، فإن قيل: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤] فقد برَّ أيوب عليه السلام في يمينه بِهذا الضرب وإن لم يوجد الإيلام لما أنَّ الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش أو ريحان فلم يكن لمجموعه إيلام فكيف لإجزائه، قلنا: جاز أن يكون هذا حكمًا ثابتًا بالنصِّ في حقِّ أيوب عليه السلام خاصَّةً إكرامًا له في حقِّ امرأته تخفيفًا عليها لعدم جنايتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به، هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام على ما ذكر من تفسير الضغث بأنَّه حزمة من حشيش أو ريحان، ورُوِي عن ابن عباس رضي الله عنه أنَّ الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز أن يصيبها ألم أجزائها حينئذٍ، وفي الكشاف: وهذه الرخصة باقية، وعن النبي عليه الصلاة والسلام أنه أتىٰ بمخدج أي برجل ناقص الخلق قد حنث بأمة فقال: خذوا عثكالاً فيه مائة شمراخ فاضربوه بِها ضربةً، ويجب أن يصيب المضروب كل واحد من المائة إمَّا أطرافها قائمة وإمَّا أعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب، وفي شرح الطحاوي: ومن حلف ليضربنَّ فلانًا مائة سوط فضربَها ضربةً واحدةً إن وصل إليه كلَّ سوط بحياله برَّ في يمينه والإيلام شرط فيه

الْمَيِّتِ، وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي القَبْرِ تُوضَعُ فِيهِ الحَيَاةُ فِي قَوْلِ العَامَّةِ وَكَذٰلِكَ الكِسْوَةُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ عِنْدَ الإِطْلَاقِ، وَمِنْهُ الكِسْوَةُ فِي الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِنَ المَيِّتِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ بِهِ السَّتْرَ، وَقِيلَ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى اللُّبْسِ (وَكَذَا الكَلَامُ وَالدُّخُولُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ

لأنَّ القصد من الضرب الإيلام.

قوله: وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي القَبْرِ تُوضَعُ فِيهِ الحَيَاةُ، ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما يتألَّم عند البعض، وقال بعضهم: يؤمن بأصل العذاب ويسكت عن الكيفية، وعن أبي الحسين الصالحي: يعذَّب الميت من غير حياة إذ الحياة عنده ليست بشرط لثبوت العلم، وقيَّد بقوله: فِي قَوْلِ العَامَّةِ، احترازًا عن قوله.

قوله: وَكَذٰلِكَ الكِسْوَةُ، يعني لو قال إن كسوتك فعبدي حرٌّ.

قوله: وَقِيلَ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى اللُّبْسِ، أي من غير تمليكٍ، ولو حلف لا يلبس فلانًا فألبسه بعد ما مات حنث لأنَّ الإلباس هو الستر والميت يُستَر كما يستتِر الحيُّ.

قوله: وَكَذَا الكَلَامُ، بأن حلف لا يكلم فلانًا أو لا يدخل دار فلان لأنَّ المقصود من الكلام الإفهام وذا بالإسماع وذا لا يتحقق بعد الموت، فإن قيل: رُوِيَ أنَّ قتلى بدر من المشركين لما ألقوا في القليب قام رسول الله عليه الصلاة والسلام على رأس القليب وقال: «هل وجدتم ما وعد ربكم حقًّا؟» فقال عمر رضي الله عنه: أتكلم الميت يا رسول الله؟ فقال: «ما أنتم بأسْمَع من هؤلاء»، قلنا: هو غير ثابت فإنه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رضي الله عنها قالت كذبتم علىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام، قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ ٱلْمَوْتَىٰ﴾ [النمل: ٨٠] ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسْمِعٍ مَّن فِى ٱلْقُبُورِ ﴿٢٢﴾﴾ [فاطر: ٢٢] ثمَّ لو صحَّ ذلك كان ذلك معجزةً لرسول الله عليه الصلاة والسلام، وقيل المقصود بذلك

مِنَ الكَلَامِ الإِفْهَامُ وَالْمَوْتُ يُنَافِيهِ، وَالْمُرَادُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ المَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لَا هُوَ.

(وَلَوْ قَالَ: إِنْ غَسَّلْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَغَسَّلَهُ بَعْدَ مَا مَاتَ يَحْنَثُ) لِأَنَّ الغُسْلَ هُوَ الإِسَالَةُ وَمَعْنَاهُ التَّطْهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذٰلِكَ فِي المَيِّتِ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤْلِمٍ وَقَدْ تَحَقَّقَ الإِيلَامُ، (وَقِيلَ لَا يَحْنَثُ فِي حَالِ المُلَاعَبَةِ)

وعظ الأحياء لا إفهام الموتىٰ، ونظيره ما رُوِيَ أنَّ عليًّا رضي الله عنه كان إذا أتى المقابر قال: عليكم السلام ديار قوم مؤمنين أمَّا نساؤكم فقد نُكحت وأمَّا أموالكم فقد قُسمت وأمَّا دُوركم فقد سُكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم؟ وكان يقول: سَل الأرض من شقَّ أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك، فإن لم تجبك حوارًا أي مقالاً أجابتك اعتبارًا، وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا علىٰ سبيل الخطاب للجمادات والموتىٰ.

قوله: يُزَارُ قَبْرُهُ لَا هُوَ، لأنَّ من طاف بباب رجل لم يعدَّ زائرًا له، ولو دخل عليه وهو نائمٌ لا يعد زائرًا له، فهنا أَوْلىٰ.

قوله: وَمَعْنَاهُ التَّطْهِيرُ، ويتحقَّق ذلك في الميت، ألا ترىٰ أنَّ من صلى وهو يحمل ميتًا مسلمًا لم يغسل بعدُ لا يجوز، ولو كان غسيلًا تجوز صلاته.

قوله: فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ، قالوا هذا إذا كان اليمين بالعربية، ولو كان بالفارسية لا يحنث، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، وقال في الأصل أو وجأها أو قرصها، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا يحنث لأنَّ هذه الأشياء لا تسمَّىٰ ضربًا عادةً.

قوله: وَقِيلَ لَا يَحْنَثُ فِي حَالِ المُلَاعَبَةِ، أي وإن آلمها لأنه لم يتعارف هذا ضربًا

لِأَنَّهُ يُسَمَّىٰ مُمَازَحَةً لَا ضَرْبًا.

(وَمَنْ قَالَ: إنْ لَمْ أَقْتُلْ فُلَانًا فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَفُلَانٌ مَيِّتٌ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ حَنِثَ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَىٰ حَيَاةٍ يُحْدِثُهَا اللهُ فِيهِ وَهُوَ مُتَصَوَّرٌ فَيَنْعَقِدُ ثُمَّ يَحْنَثُ لِلْعَجْزِ العَادِيِّ (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَىٰ حَيَاةٍ كَانَتْ فِيهِ وَلَا تُتَصَوَّرُ فَيَصِيرُ قِيَاسُ مَسْأَلَةِ الكُوزِ عَلَى الِاخْتِلَافِ، وَلَيْسَ فِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ تَفْصِيلُ العِلْمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

بل ممازحةً، كذا في الفوائد الظهيرية، وهذا يدلُّ علىٰ أنه لو ضربَها بآلةٍ في حالة الملاعبة لا يحنث أيضًا لأنه يُسمَّىٰ ممازحةً لا ضربًا، وفي التفاريق: الضرب لا يقع على الرامي بحجرٍ أو غيره، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: ثُمَّ يَحْنَثُ لِلْعَجْزِ العَادِيِّ، هو منسوبٌ إلى العادة أي لأنه عاجزٌ عادةً لأنه لا إعادةَ للحياة قبل اليوم الموعود في العادة فيتحقَّق العجز عن إعادتِها عادةً.

قوله: وَلَيْسَ فِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ تَفْصِيلُ العِلْمِ، أي في مسئلة الكوز.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احترازٌ عمَّا ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه: ولو كان يعلم أنَّ الكوز لا ماء فيه فحلف وقال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فإنه يحنث بالاتفاق، ورُوِيَ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في روايةٍ أخرىٰ أنه لا يحنث علم أو لم يعلم، وهو قول زفر رحمه الله تعالى والصحيح ما ذكر في الكتاب، كذا في الفوائد الظهيرية، وقد تقدَّم الفرق بين مسئلة الكوز ومسئلة القتل، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ اليَمِينِ فِي تَقَاضِي الدَّرَاهِمِ

(وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَىٰ قَرِيبٍ فَهُوَ عَلَىٰ مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَالَ إِلَىٰ بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ) لِأَنَّ مَا دُونَهُ يُعَدُّ قَرِيبًا، وَالشَّهْرُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ يُعَدُّ بَعِيدًا، وَلِهٰذَا يُقَالُ عِنْدَ بُعْدِ العَهْدِ مَا لَقِيتُكَ مُنْذُ شَهْرٍ (وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ فُلَانًا دَيْنَهُ اليَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلَانٌ بَعْضَهَا زُيُوفًا أَوْ نَبَهْرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً لَمْ يَحْنَثِ الحَالِفُ) لِأَنَّ الزِّيَافَةَ عَيْبٌ وَالْعَيْبُ لَا يُعْدِمُ الجِنْسَ، وَلِهٰذَا لَوْ تَجُوزُ بِهِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا، فَوُجِدَ

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قوله: فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ، الحكم في شهر كذلك، لكنه ذكر الأكثر في مقابلة مادون الشهر.

قوله: وَجَدَ فُلَانٌ بَعْضَهَا زُيُوفًا أَوْ نَبَهْرَجَةً، في المغرب: زافت عليه دراهمه أي صارت مردودةً عليه لغشٍّ فيها، وقد زيِّفت إذا ردت، ودرهم زيِّفٌ وزائفٌ ودراهم زيوفٌ وزيفٌ، وقيل: هي دون النبهرج في الرداءة لأنَّ الزيف ما يردّه بيت المال والنبهرج ما يردّه التجار، وقياس مصدره الزيوف، وأمَّا الزيافة فمن لغة الفقهاء، والسَّتُّوق: بالفتح أردأ من النبهرج، وعن الكرخي رحمه الله تعالى الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر فيه، وقيل هو تعريب «سه تو» وهو أن يكون داخله نحاسًا وخارجه فضَّةً.

شَرْطُ البِرِّ وَقَبْضُ المُسْتَحَقَّةِ صَحِيحٌ وَلَا يَرْتَفِعُ بِرَدِّهِ البِرَّ المُتَحَقِّقَ.

(وَإِنْ وَجَدَهَا رَصَاصًا أَوْ سَتُّوقَةً حَنِثَ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ حَتَّىٰ لَا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِهَا عَبْدًا وَقَبَضَهُ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ المُقَاصَّةُ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ

قوله: وَلَا يَرْتَفِعُ بِرَدِّهِ البِرَّ المُتَحَقِّقَ، جوابٌ عمَّا يقال: لمَّا رد المقبوض انتقض قبضه من الأصل فصار كأن لم يكن، فقال: بلىٰ انتقض القبض بعد الصحة لأنَّ المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض في حقِّ حكم يقبل الانتقاض والبَرُّ لا يحتمل الانتقاض لأنَّ اليمين قد انحلت به، وفي الإيضاح: والقبض وإن انتقض بالردِّ ولكن اليمين قد انحلت قبل الردِّ لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث في اليمين المنحلة لأنَّ الحنث يقتضي قيام اليمين ولم يبق اليمين.

قوله: حَتَّىٰ لَا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ، لأنه يكون استبدالاً لا استيفاءً، وهذا إيضاح أنه ليس من جنس الدراهم.

قوله: وَإِنْ بَاعَهُ بِهَا عَبْدًا وَقَبَضَهُ، أي المشتَري العبدَ، وإنَّما شرط القبض لأنَّ الثمن بنفس البيع وإن وَجَب على المشتري إلَّا أنه يعرضه السقوط وتقرره بالقبض فشرط القبض لهذا.

قوله: لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ المُقَاصَّةُ، ووجه ذلك هو أنَّ ما يقبضه ربُّ الدين يصير مضمونًا عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولربِّ الدين على المديون مثله أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصًا، وإذا ثبت أنَّ طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاءً لأنَّ ثمن العبد آخر الدينين وجوبًا وآخر الدينين وجوبًا قضاءٌ لأوَّلهما وجوبًا إذ القضاءُ يتلو الوجوبَ.

بِمُجَرَّدِ البَيْعِ فَكَأَنَّهُ شَرَطَ القَبْضَ لِيَتَقَرَّرَ بِهِ (وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ) يَعْنِي الدَّيْنَ (لَمْ يَبَرَّ) لِعَدَمِ المُقَاصَّةِ لِأَنَّ القَضَاءَ فَعَلَهُ، وَالْهِبَةُ إِسْقَاطٌ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبَضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ

قوله: وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ، يَعْنِي الدَّيْنَ، لَمْ يَبَرَّ، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالى: وقوله في الهداية: لم يبَرَّ، مشكلٌ لأنه يوهم أنه يحنث وليس كذلك لأنَّ اليمين لمَّا كانت موقتة باليوم فإذا وهبه له قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجيء وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، كما لو قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فعبده حر فصبَّ الماء قبل مضي اليوم فإنَّ اليمين تبطل عندهما، والجواب أنَّ قوله لم يبر ساكت عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث أيضًا لفوات المحلوف عليه وهو الدين، وهذا لأنَّ قوله لم يبر أعمُّ من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثاني تصحيحًا لكلامه، ولو لم يتقيَّد باليوم يستقيم كما في مسئلة الكوز، وذكر في الفوائد الظهيرية: بخلاف ما إذا وهبها إذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هي إسقاط وإبراء غيرَ أنَّه إن لم يبر لم يحنث أيضًا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسئلة الكوز، وفي فوائد الخبازي رحمه الله تعالىٰ: وقيل ذكر اليوم في وضع المسئلة وقع سهوًا من الكاتب، وذكر فخر الإسلام علي البزدوي والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي والشيخ الإمام أبو المعين النسفي رحمهم الله تعالى: هذه المسئلة في كتبهم مطلقةٌ غير موقتةٌ باليوم، فعلىٰ هذا معنى قوله لا يبرّ: يحنث، لكن هذه نسبة إلى السهو مع الوجه الصحيح وهو أنه لا يبر لبطلان اليمين فلا يحنث.

حَتَّىٰ يَقْبِضَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَبْضُ الكُلِّ وَلٰكِنَّهُ بِوَصْفِ التَّفَرُّقِ، أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ أَضَافَ القَبْضَ إِلَىٰ دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ فَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ كُلِّهِ فَلَا يَحْنَثُ إِلَّا بِهِ (فَإِنْ قَبَضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشَاغَلْ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِعَمَلِ الوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ وَلَيْسَ ذٰلِكَ بِتَفْرِيقٍ) لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ قَبْضُ الْكُلِّ دَفْعَةً وَاحِدَةً عَادَةً فَيَصِيرُ هٰذَا القَدْرُ مُسْتَثْنًى مِنْهُ.

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ لِي إِلَّا مِائَةُ دِرْهَمٍ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ عُرْفًا نَفْيُ مَا زَادَ عَلَى المِائَةِ وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ المِائَةِ اسْتِثْنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا (وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ غَيْرَ مِائَةٍ أَوْ سِوَىٰ مِائَةٍ) لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ أَدَاةُ الِاسْتِثْنَاءِ.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ - أي شرط الحنث - قَبْضُ الكُلِّ وَلٰكِنَّهُ بِوَصْفِ التَّفَرُّقِ، يعني أنَّ شرط الحنث شيئان: أحدهما: قبض الكل، والثاني: وصف التفرُّق فيه، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لا يحنث، ثم ههنا عند قبض البعض إن وجد التفرّق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنث.

قوله: وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ المِائَةِ اسْتِثْنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، فكان استثناء الخمسين داخلاً تحت استثناء المائة لأنَّ الخمسين من أجزاء المائة فلهذا لا يحنث، والله تعالى أعلم بالصواب.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ نَفَى الفِعْلَ مُطْلَقًا فَعَمَّ الِامْتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفْيِ (وَإِنْ حَلَفَ لَيَفْعَلَنَّ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ المُلْتَزَمَ فِعْلٌ وَاحِدٌ غَيْرُ عَيْنٍ، إِذِ المَقَامُ مَقَامُ الإِثْبَاتِ فَيَبَرُّ بِأَيِّ فِعْلٍ فَعَلَهُ، وَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِوُقُوعِ اليَأْسِ عَنْهُ وَذٰلِكَ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الفِعْلِ.

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ دَخَلَ البَلَدَ فَهٰذَا عَلَىٰ حَالِ وِلَايَتِهِ خَاصَّةً) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ دَفْعُ شَرِّهِ أَوْ شَرِّ غَيْرِهِ بِزَجْرِهِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ بَعْدَ زَوَالِ سَلْطَنَتِهِ، وَالزَّوَالُ بِالْمَوْتِ وَكَذَا بِالْعَزْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

مسائل متفرقة

قوله: فَعَمَّ الِامْتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفْيِ، لأنه نفي الفعل مطلقًا فيقتضي عدم الفعل في جميع العمر ضرورة عموم النفي ووجوده في جزء منه ينافي العدم في جميعه.

قوله: فَيَبَرُّ بِأَيِّ فِعْلٍ فَعَلَهُ، أي مختارًا أو مكرهًا أو ناسيًا أو بطريق التوكيل.

قوله: بِكُلِّ دَاعِرٍ، الداعر الخبيث المفسد، ومصدره الدعارة وهي من قولهم: عودٌ داعرٌ أي كثير الدخان، كذا في المغرب.

قوله: وَكَذَا بِالْعَزْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجب الرفع بعد العزل لأنه مفيد لاحتمال أن يؤتىٰ ثانيًا فيؤدب الداعر، ثم إنَّ الحالف لو علم

(وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَهُ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) خِلَافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَعْتَبِرُهُ بِالْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مِثْلُهُ، وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ تبرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ وَلِهٰذَا يُقَالُ وُهِبَ وَلَمْ يَقْبَلْ، وَلِأَنَّ المَقْصُودَ إِظْهَارُ السَّمَاحَةِ وَذٰلِكَ يَتِمُّ بِهِ، أَمَّا البَيْعُ فَمُعَاوَضَةٌ فَاقْتَضَى الفِعْلَ مِنَ الجَانِبَيْنِ.

بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لا يحنث بمجرد أنه لم يعلم لأنه جعل شرط الحنث ترك الإعلام وبالتأخير لا يتحقق الترك ما دام سلطانًا، وأمَّا إذا لم يعلمه حتى مات المستحلف أو عزل فحينئذٍ يحنث الحالف ولا ينفعه إعلام السلطان الذي جاء بعده لأنَّ يمينه انعقدت على إعلام الأول، كذا في الذخيرة.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَهُ، أي قال وهبتُ منك هذا العبد ولم يقبل فقد برَّ في يمينه، وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل حنث، وقال زفر رحمه الله تعالى: لم يحنث ما لم يقبلها ويقبضها، لأنَّ الهبة لا تصحُّ إلا بِهما، ولنا أنَّ الهبة اسم لإيجاب الملك من جانب وقد وجد، وفي الذخيرة: الهبة هي التمليك من جانب الواهب وذلك في قوله وهبتُ ولا تعلق له بالقبول وإنَّما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة لا حكمها، وفي جامع بكر رحمه الله تعالىٰ: هذا كما لو حلف لا يقرُّ له بشيء أو لا يوصي ففعل ولم يقبل الآخر حنث، ثم اختلف أصحابنا رحمهم الله تعالى، قال بعضهم: الملك يثبت قبل القبول إلَّا أنَّ بالردِّ ينتقض دفعًا لضرر المنَّة، وقال بعضهم: لا يثبت لاحتمال أن يكون الموهوب محرمًا للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول، بخلاف البيع والإجارة والكتابة لأنه تمليك من الجانبين فكان تمامه بِهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية والهدية والنحلى والعمرى والإعارة كالهبة، وفي الكفاية: وكذا القرض، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ رواية أخرىٰ أنَّ قبول المستقرض شرط لأنَّ القرض في حكم المعاوضة.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشُمُّ رَيْحَانًا فَشَمَّ وَرْدًا أَوْ يَاسَمِينًا لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ وَلَهُمَا سَاقٌ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بَنَفْسَجًا وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهُوَ عَلَىٰ دُهْنِهِ) اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَلِهٰذَا يُسَمَّىٰ بَائِعُهُ بَائِعَ البَنَفْسَجِ وَالشِّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الوَرَقِ (وَإِنْ حَلَفَ عَلَى

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشُمُّ رَيْحَانًا إلخ، الريحان هو كلُّ ما طاب ريحه من النبات، وعند الفقهاء الريحان ما لساقه رائحة طيِّبة كما لورقه كالآس، والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين، كذا في المغرب، وفي عرف أهل العراق الريحان اسم لما لا قيام له على الساق من البقل ممَّا له رائحة طيبة ويستنبت في كل عام كالضميران ونحوه، وفي المبسوط: ولو حلف لا يشمُّ ريحانًا فشمَّ آسًا وما أشبهه من الرياحين حنث، وإن شمَّ الياسمين أو الورد لا يحنث لأنَّهما من جملة الأشجار والرياحين اسم لما ليس له شجر، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالى قال: ﴿وَالنَّجْمُ وَالشَّجَرُ يَسْجُدَانِ ۞﴾ [الرحمن: ٦] إلى أن قال: ﴿وَالْحَبُّ ذُو الْعَصْفِ وَالرَّيْحَانُ ۞﴾ [الرحمن: ١٢] فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا أنَّ ما له شجرٌ ليس بريحان وإن كانت له رائحة مستلذَّة.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بَنَفْسَجًا، وفي المبسوط: إذا حلف لا يشتري بنفسجًا فاشترىٰ دهن بنفسج حنث عندنا، ولم يحنث عند الشافعي رحمه الله تعالى لأنه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترىٰ عين البنفسج لأنَّ المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه، ولكنَّا نعتبر العرف فإذا أطلق البنفسج يراد به الدُّهن ويسمَّىٰ بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريًا للبنفسج أيضًا، ولو اشترىٰ ورق البنفسج لم يحنث، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه أنه يحنث أيضًا، وهذا شيء يبتنى على العرف، ففي أهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمَّىٰ بائع البنفسج وإنَّما يسمى به بائع الدُّهن فبنى الجواب في الكتاب على

الوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الوَرَقِ) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ وَالْعُرْفُ مُقَرِّرٌ لَهُ، وَفِي الْبَنَفْسَجِ قَاضٍ عَلَيْهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

* * *

ذلك، ثم شاهد الكرخي عرف أهل بغداد أنَّهم يسمون به بائع الورق أيضًا فقال يحنث، وهكذا في ديارنا، ولا نقول أنَّ اللفظ في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز، والخيري كالبنفسج، وأمَّا الورد والحنا قال: فإنِّي أستحسن أن أجعله على الورق والورد إذا لم يكن له نيَّة، وإن اشترى دهنهما لم يحنث.

قوله: وَالْعُرْفُ مُقَرِّرٌ لَهُ، لأنَّ اسم الورد حقيقةٌ في ورقه، وفي العرف يراد به الورق أيضًا فكان العرف مقرِّرًا له وفي البنفسج قاض عليه لأنه اسم للورق حقيقةً ويراد به في العرف دهنه فرجَّحنا العرف على الحقيقة لأنَّ مبنى الأيْمان على العرف، والله تعالى أعلم بالصواب.

تمَّ الجزء الثالث من «الكفاية في شرح الهداية»

ويتلوه الجزء الرَّابع، وأوله «كتابُ الحدود»

فهرس المحتويات

المجلَّدُ الثالث

كتاب الرضاع

كتاب الطَّلَاق

كتاب العتق

كتاب الأيمان

* * *